Die Rechtsnatur des Inhaberpapieres.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Felix Pitsch.

BRESLAU, 1906.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse No. 5.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Brie, Dekan.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0013

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. 9

II. Das Inhaberpapier des BGB.

§ 2. Zurückführung von §§ 793 und 808 BGB. auf eine gemeinsame Formel 13

§ 3. Stellung des Inhabers gegenüber dem Schuldner 20

§ 4. Cession und Tradition 22

§ 5. Der gutgläubige dritte Erwerber 27

§ 6. Unterschied in der Entstehung der Obligation 30

§ 7. Verschiedene Beweislastverteilung ist kein Hindernis für gleichartige juristische Natur 34

§ 8. Die herrschende Lehre von der verschiedenen Beweislast ist ein Irrtum:

Beweis: a) aus der Interpretation des BGB. 37

b) aus der CPO. 49

c) aus dem StGB. 53

d) aus dem HGB. 56

§ 9. Pflicht des Schuldners, die Einlösung zu verweigern 62

§ 10. Zusammenfassung 65

III. Das reine Inhaberpapier des 19. Jahrhunderts.

§ 11. Gesetzgebung und Theorie 67

§ 12. Rechtscharakter des reinen Inhaberpapiers 79

§ 13. Gegner der Annahme eines reinen Inhaberpapiers 84

§ 14. Kuntze's Theorie 90

IV. Geschichte des Inhaberpapieres.

§ 15. Entwicklung des Inhaberpapiers 103

§ 16. Mängel der Durchführung in der Praxis 117

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

1. Gesetze: BGB., CPO., StGB., HGB., östreich. und sächs. bürgerl. Gesetzbuch, Schweizer Obligationenrecht, preuss. Landrecht.
2. H. Beckh, Die Beweislast. (Preisschrift der Münchener Juristen-Fakultät.) München 1899.
3. Beseler, System d. gemeinen dtsch. Privatrechts. Bd. III.
4. Binding, Lehrbuch des Strafrechts[2]. I. 1905.
5. Bluntschli, Deutsches Privatrecht. Bd. II.
6. Brunner, Wertpapiere in Endemanns Handbuch. Bd. II. 1881.
7. Brunner in Ztschr. f. Handelsrecht. Bd. 22 u. 23.
8. Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. 3. Aufl.
9. Denkschrift zum BGB.
10. Dernburg, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. 2. Aufl.
11. Duncker in Ztschr. f. dtsch. R. Bd. V.
12. Einert in Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. XI.
13. Entscheid. d. RG. in Strafsachen. Bd. X.
14. Entwurf z. BGB. mit Begründung.
15. Fellner, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere. 1888.
16. Frank, Komment. z. StGB.[4]. 1903.
17. Gerber, Dtsch. Priv.-R.[16]. 1891.
18. Gierke, Dtsch. Priv.-R. Bd. II: Sachenrecht. 1905.
19. Glück, Erläut. z. d. Pandekten. Bd. XVI. 1814.
20. v. Gönner, Von Staatsschulden.
21. Hedemann, Die Vermutung nach d. R. d. dtsch. Reiches. (Bd. XIV. Heft 2 aus Fischers Sammlung.) 1904.
22. Heymann, Die dingl. Wirk. d. Traditionspapiere (in Teil III der Festgabe für Felix Dahn).
23. Jacobi, Wertpapiere. (Bd. VIII. Heft 1 der Sammlung von Fischer.)
24. Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel. (Fischers Samml. 1906.)
25. Jolly im Arch. f. dtsch. Wechsel-R. Bd. IV.
26. Kees, Quatenus sola chirographi possess. actor ad causam legitimetur. Lips. 1808. (Diss.)
27. Kuntze, Inhaberpapiere. 1857.
28. Fr. Leonhard, Die Beweislast. 1904.
29. v. Liszt, Lehrb. d. Strafrechts[13]. Berl. 1903.

30. Motive zum Entw. d. BGB.
31. Müller, Promptuar. iur. nov. I. Lips.[2] 1792.
32. Pappenheim, Begriff u. Arten d. Papiere auf d. Inhaber. 1881. (Berl.)
33. Planck, Komm.[2] z. BGB. Bd. I.
34. Protokolle z. Dresd. Entw. e. Oblig.-R. Bd. II u. VI. 1865.
35. Protokolle z. II. Lesung d Entw. e. bürgerl. Gesetzbuches.
36. Renaud, Beiträge z. Theorie d. Inh.-Obl. in Ztschr. f. dtsch. R. Bd. XIV.
37. v. Savigny, Obligat.-R. Bd. II.
38. C. Schumm, Amortis. verlorener Schuldurk. Heidelb. 1830.
39. Seuffert, Prakt. Pandektenrecht[4]. Bd. II. 1867.
40. Stobbe, Dtsch. Priv.-R. 1857. Bd. III.
41. Stobbe, Übertragung d. Inhaberpap. in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr. Bd. XI. 1868.
42. Thöl, Handelsrecht[6]. 1879. Bd. I.
43. Unger, Die rechtl. Natur d. Inhaberpapiere. Leipzig 1857.

I. Einleitung.

§ 1.

Bei der Umarbeitung des ersten Entwurfes zum BGB., der bezüglich der Inhaberpapiere sich vollständig an die bisherigen Rechtsanschauungen hielt und vor allem sich auf den Dresdener Entwurf stützte, erkannte die Kommission für die II. Lesung allerseits an,

„dass der prinzipielle Standpunkt des Entwurfs,
„welcher das Recht aus der Schuldverschreibung ledig-
„lich an die Tatsache der Inhabung des Papiers knüpft,
„aufgegeben und statt dessen davon ausgegangen
„werden müsse, dass die Gläubigerrechte grundsätz-
„lich nur dem Eigentümer zuzugestehen seien“[1]).

Trotz dieses veränderten Standpunktes, von dem aus nach Preisgabe des alten Begriffs des „Inhaberpapieres“ das Festhalten an dem bedeutungslos gewordenen Namen zwecklos erscheinen muss, haben die §§ 793 und 808 BGB. nach wie vor Legitimations- und Inhaberpapier als verschiedenartige, von einander ganz unabhängige Papiere behandelt und scheinbar verschiedene Definitionen derselben gegeben.

Übrigens ist durch den veränderten Standpunkt, den das BGB. in seiner definitiven Gestalt gegenüber dem ersten Entwurf hinsichtlich der Inhaberpapiere einnahm, gar kein neues Recht geschaffen worden. Denn die alte Definition des Inhaberpapiers, wie sie der Entwurf nochmals zur Geltung bringen wollte, gemäss welcher nur die

---

[1]) Protok. II. Lesung, II. Buch, Bd. 4, S. 2635.

Innehabung des Papieres zum wahren Gläubiger machte, war schon seit 1871, seit Erhebung des alten HGB. zum Reichsgesetz auch rechtlich ungültig geworden, nachdem man sie in der Praxis schon lange vorher durch Ausnahmebestimmungen entwertet hatte. Denn weder Aufgebot, noch Zahlungssperre oder Pfandbestellung am Inhaberpapier lassen sich mit der Bestimmung vereinigen, dass nur der Inhaber, ohne Rücksicht auf die Art des Erwerbes, originärer und einziger Gläubiger des Schuldners aus dem Papiere sein soll.

Wenn trotzdem der § 793 gegenüber dem im ersten Entwurf als bereits geltendes Recht herübergenommenen Recht der Inhaberpapiere neue Rechtsverhältnisse zu schaffen schien, so lag das daran, dass weder die bisherige Theorie, noch die Herausgeber des ersten Entwurfes aus den art. 306 und 307 des als neues Reichsgesetz mit zwingender Kraft gegenüber den Landesgesetzen versehenen alten HGB. die notwendigen Schlüsse zogen, sondern ohne weitere Prüfung an der vor 1871 partikular gesetzlich festgelegten Inhabertheorie auch später festhielten. Was also im Folgenden gegeben wird, sind im Grunde nicht sowohl Folgerungen aus neuen, durch das BGB. geschaffenen Rechtsverhältnissen, sondern es wird eine Untersuchung und Umwertung veralteter Rechtsbegriffe auf diesem Gebiete vorgenommen, an denen die Doktrin bisher nicht gerüttelt hat, obwohl sie seit einem Menschenalter nicht mehr in die juristische Wissenschaft hineingehören.

Ein Gegensatz zwischen Inhaber- und Legitimationspapier kann heute schon deshalb nicht bestehen, weil es de facto überhaupt **niemals**, und de iure seit mehr als 30 Jahren ein Inhaberpapier nicht mehr gibt, weil es also überhaupt nur während ca. 60 Jahren des vorigen Jahrhunderts möglich war, mit dem Worte „Inhaberpapier" einen besonderen, rechtlich **selbständigen** Begriff zu verbinden, ohne dass dieser jedoch in der Praxis sich hätte wirklich durchsetzen und mehr als eine papierne Begriffsbestimmung werden können; vor dieser Zeit aber, ca. 1760—1810, und nachher wieder war das sogenannte Inhaberpapier rechtlich

nichts anderes als jedes andere Legitimationspapier, also eine Legitimation, die an sich nicht zum Träger von Rechten machen konnte, sondern die ihren Inhaber lediglich als denjenigen legitimierte, dem das Recht auf die im Papier versprochene Leistung anscheinend zustand, der aber aus dem Papier allein deshalb keine Berechtigung, zu fordern, hatte, weil es dem Schuldner freistand, ob er sich mit der blossen Legitimation durch diese Beweisurkunde über das Bestehen der Forderung überhaupt begnügen wollte oder nicht. Und auch da, wo dem Schuldner die Forderung besserer Legitimierung gegen den Inhaber nicht zustand, wo die blosse Innehabung unbedingte Aktivlegitimation zur Einklagung der Leistung war, ergibt sich doch, wie unten näher auszuführen sein wird, aus anderen Umständen, dass es sich stets nur um ein Legitimationspapier im Sinne unserer heutigen Rechtsterminologie handelte.

Der wichtigste Zweck vorliegender Untersuchung ist nun, nachzuweisen, dass und seit wann es nicht mehr angängig ist, von besonderen „Inhaberpapieren" zu sprechen.

Diese haben zwar eine Zeitlang existiert, vermochten aber auch in dieser Periode in mancher Hinsicht ihren sie von den übrigen Legitimationspapieren trennenden besonderen Rechtscharakter nicht aufrecht zu erhalten, sodass ihre Beseitigung durch das alte HGB. des deutschen Reiches nur einem Scheindasein ein Ende machte.

Endlich hat der Name „Inhaberpapier", der bereits im 16. Jahrhundert zunächst in Frankreich aufkam und seit dieser Zeit auf alle möglichen Papiere, auch aus dem frühen Mittelalter, angewendet worden ist, soweit in ihnen nur das Wort „Inhaber" erwähnt wird, in Wirklichkeit erst für eine bestimmte Gattung Papiere, die um die Mitte des 18. Jahrhunderts aufkamen, eine gewisse Berechtigung gehabt. Alles, was vorher so hiess, waren nach unseren heutigen Begriffen nur Legitimationspapiere im engeren Sinne.

Daher erscheint als richtigste Einteilung des Stoffes folgende Dreiteilung:

I. Teil: Das heutige Deutsche Recht hat trotz des BGB. **kein besonderes** Inhaberpapier mehr; es gibt

nur noch ein **einziges** Legitimationspapier, neben dem sich keine rechtlich selbständige Sonderart behauptet.

II. Teil: Das Inhaberpapier des 19. Jahrhunderts bestand nur gesetzlich, nicht praktisch, da es in konsequenter Durchführung der in seiner gesetzlichen Definition gegebenen Form eine für die Praxis unmögliche Schöpfung gewesen wäre.

III. Teil: Das „Inhaberpapier" vom 18. Jahrhundert an rückwärts hat niemals ein Inhaberpapier sein sollen und wollen, sondern ist erst von der Doktrin späterer Zeit als solches **ver**kannt worden. Vielmehr war es ein reines Legitimationspapier.

II. Das heutige Inhaberpapier.

§ 2.

Zurückführung von §§ 793 und 808 BGB. auf eine gemeinsame Formel.

Alter Tradition folgend, unterscheidet das BGB. als getrennte, selbständige Rechtsinstitute das Inhaberpapier und das Legitimationspapier.

Der § 793 BGB. umschreibt den Begriff der Schuldverschreibung auf den Inhaber folgendermassen:

„Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er „dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht „(Schuldverschreibung auf den Inhaber), so kann der „Inhaber von ihm nach Massgabe des Versprechens ver„langen, es sei denn, dass er zur Verfügung über „die Urkunde nicht berechtigt ist. Der Aus„steller wird jedoch auch durch die Leistung „an einen nicht zur Verfügung berechtigten In„haber befreit."

Cosack[1]) gibt hiernach folgende Definition des Inhaberpapiers überhaupt:

„Bei den Inhaberpapieren kann das in dem Papier „verbriefte Recht von dem jeweiligen Inhaber des „Papiers geltend gemacht werden, ohne dass er zu be„weisen braucht, dass ihm das Papier wirklich zusteht; „wird seine Zuständigkeit bestritten, so trifft die „Beweislast den Gegner."

---

[1]) Cosack, Lehrb. d. bürgerl. Rechts[3], II. Bd., S. 333.

Bezüglich des Legitimationspapieres bestimmt § 808 BGB.:

„Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger ge-
„nannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, dass die
„in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber
„bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch
„die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit. Der
„Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu
„verlangen. Der Schuldner ist nur gegen Aus-
„händigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet . . ."

Die Fassung dieses Paragraphen ist ziemlich unklar. Denn indem er besagt: „Der Inhaber ist nicht berechtigt . . .", meint er in Wirklichkeit, dass der Inhaber sehr wohl berechtigt sei, die Leistung zu verlangen, wenn er nur, wie beim Inhaberpapier, die Verfügungsberechtigung über die Urkunde hat und dies auf Verlangen beweisen kann. Nach dem Wortlaut aber müsste man annehmen, es sei ein wesentliches Merkmal des Legitimationspapiers, dass der Gläubiger dem Präsentanten überhaupt nur zu zahlen braucht, wenn es ihm beliebt. Nicht sehr glücklich ist auch im Schlusssatz: „Der Schuldner ist . . . verpflichtet" das Wort „verpflichtet" angewendet, nachdem der ganze Paragraph vorher davon gesprochen hat, dass der Schuldner lediglich aus dem Papiere überhaupt keine Verpflichtung hat. Die Ergänzung: „soweit er die Urkunde allein überhaupt als Legitimation für ausreichend halten will" ist ja naheliegend, aber gerade hier, wo es sich um eine Definition handelt, in der der Gegensatz zu einem anderen Institut ähnlicher Art scharf herausgearbeitet werden musste, ist die ungenaue Redigierung doppelt auffallend. Man bekommt unwillkürlich den Eindruck, als wäre der Kommission selbst nicht recht klar gewesen, worin die charakteristischen Verschiedenheiten liegen sollen, die zu einem Festhalten an einem spezifischen „Inhaber"papier trotz Aufgabe all seiner speziellen Merkmale geführt haben. Auch die Definition Cosacks[1]) erschöpft den wirklichen Inhalt des § 808 nicht:

[1]) a. a. O. II, S. 385.

„Legitimationspapiere sind Urkunden, welche „eine Forderung derart verbriefen, dass der Schuldner „zur Leistung an den jeweiligen Inhaber befugt ist, ohne „prüfen zu müssen, in welcher Art der Inhaber zur „Urkunde gekommen ist."

Das ist so allgemein gehalten, dass man es ohne weiteres auch als Definition des Inhaberpapieres benutzen könnte.

Da nun der Zweck vorliegender Arbeit ist, darzutun, dass nach Wegfall der originären Gläubigereigenschaft des Inhabers beim Inhaberpapiere, wie sie früher bestand, irgend ein zur Absonderung eines besonderen Inhaberpapieres von den übrigen Legitimationspapieren führender wesentlicher Unterschied zwischen beiden Papieren nicht mehr vorhanden ist, dass also der heute noch bestehenden nominellen Trennung beider die rechtliche Unterlage fehlt, sind in nachfolgender Tabelle die charakteristischen Eigenschaften beider Papiere — auch diejenigen, deren Vorhandensein Verfasser bestreitet — zusammengestellt, um ihren Einfluss auf die angeblich gegensätzliche Stellung beider Papiere zu prüfen.

Die in umstehender Tabelle (No. 2) enthaltenen Ausdrücke: Forderungsberechtigter, Gläubiger und Inhaber können ganz verschiedene Personen bezeichnen. A. übergibt dem B. wegen längerer Abwesenheit seine Papiere in Verwahrung und Verwaltung; A. ist Gläubiger, B. Forderungsberechtigter gegenüber dem Aussteller der Papiere; stiehlt jetzt C. diese, so ist er der Inhaber. Alle drei sind dem Schuldner unbekannt und gleichgültig; denn so wie irgend ein Inhaber präsentiert, so zahlt der Schuldner oder er zahlt nicht. Zahlt er, so geschieht die Zahlung ohne Rücksicht darauf, wer der Inhaber ist und in welchem Verhältnis er zu dem Papiere steht. Und zwar gilt dies für beide Papiere, und bei beiden befreit ihn diese Zahlung unbedingt von zivilrechtlicher Verantwortlichkeit. Oder der Schuldner zahlt nicht. Dies kann er aus den in § 796 BGB. angegebenen Gründen tun.

Der Paragraph steht zwar mitten in der Lehre von den Inhaberpapieren, aber eine Prüfung seines Inhaltes zeigt, dass die dort angeführten Gründe auch für die Legitimationspapiere

a) Inhaberpapier.	b) Legitimationspapier.
1. Die Obligation entsteht zwischen einem bestimmten Schuldner und einem unbestimmten Gläubiger.	1. Die Obligation entsteht zwischen zwei bestimmten Personen.
2. Der Gläubiger, der Forderungsberechtigte oder der Inhaber sind bis zur Präsentation unbestimmt. Unbekannt bleiben sie in der Regel auch trotz der Präsentation.	2. dgl. (vgl. unten).
3. Der Inhaber hat ein bedingtes Recht die Leistung zu fordern. Bedingung ist die Verfügungsberechtigung.	3. dgl. (vgl. jedoch Nr. 8).
4. Der Schuldner wird unbedingt durch Zahlung an jeden Inhaber befreit.	4. dgl.
5. Der Schuldner darf die Leistung verweigern, muss aber den Grund (§ 796 BGB.) angeben.	5. dgl.
6. Übergang durch Tradition.	6. Übergang durch formlose Zession.
7. Der redliche Erwerber des Papieres wird unbedingter Eigentümer desselben und Forderungsberechtigter.	7. Der redliche Erwerber des gestohlenen etc. Papieres wird angeblich nicht Eigentümer. (§ 935 BGB.)
8. Angeblich hat Schuldner bei Verweigerung der Leistung den Grund zu beweisen.	8. Wenn der Schuldner aus dem Papierbesitz nicht die Verfügungsberechtigung anerkennt, muss Gläubiger sie besser nachweisen.
9. Die Leistung hängt nicht von der Gläubigereigenschaft, sondern der Verfügungsberechtigung des Präsentanten ab.	9. dgl.
10. Auf welchem Rechtstitel die Verfügungsberechtigung des Inhabers beruht, ist gleichgültig.	10. dgl.

gelten. Abgesehen nun von den sonstigen Gründen des § 796, die für vorliegende Arbeit ausser Acht bleiben können, darf der Schuldner die Leistung nur dann verweigern, wenn er die Verfügungsberechtigung bestreitet; auch dies gilt ohne weiteres für beide Papiere.

Bestreitet nun der Schuldner die Verfügungsberechtigung des Präsentanten, so ist der Beweis der Verfügungs-Berechtigung oder -Nichtberechtigung zu führen. Wer diesen Beweis führen muss, darauf komme ich später zurück. Weit wichtiger aber ist Folgendes:

Der Inhaber des Inhaberpapieres hat nicht, wie früher, kraft seiner Innehabung ein Recht auf die Leistung, sondern dies Recht besteht nur dann, wenn er auch tatsächlich zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist. Weiter aber wird auch vom Inhaber des Legitimationspapieres nichts verlangt werden können und somit ist dieser grundlegende Unterschied bezüglich der Inhaberstellung zwischen Inhaber- und Legitimationspapier hinfällig.

Es wird z. B. dem Kassierer einer Sparkasse ein Sparkassenbuch präsentiert. Nun heisst es zwar im letzten Satz des Abs. 1 von § 808 BGB.: „der Inhaber (sc. des Legitimationspapieres) ist nicht berechtigt, die Leistung zu fordern", und da § 793 [1] besagt, es könne der Inhaber des Inhaberpapieres „die Leistung verlangen", so sieht es aus, als ob in der Rechtsstellung der beiden Gläubiger immer noch eine erhebliche Verschiedenheit bestände. Dies liegt aber nur an der unglücklichen Fassung des § 808. Denn dass der Inhaber des Legitimationspapieres „nicht berechtigt, die Leistung zu fordern", ist, heisst selbstredend nicht, dass es in das Belieben des Schuldners gestellt ist, ob er überhaupt zahlen will oder nicht, sondern es bedeutet, dass der Schuldner sich mit der Legitimation bloss durch das Papier selbst nicht zu begnügen braucht, sondern die Verfügungsberechtigung des Präsentanten bestreiten darf; und diese selbe Berechtigung hat jetzt, im Gegensatz zu früher, auch der Schuldner aus dem sogenannten „Inhaberpapier".

Demnach würde es ganz denselben Sinn ergeben, wenn die redaktionelle Fassung des § 808 BGB. also lautete:

„Der Inhaber ist berechtigt, die Leistung nach „Massgabe des Versprechens zu verlangen, es sei „denn, dass er nicht verfügungsberechtigt über die Ur- „kunde ist, oder bei Bestreitung seines Verfügungsrechtes „durch den Schuldner dieses nicht in anderer Weise „feststellen kann."

Der Rechtsstandpunkt ist also bei beiden Papieren derselbe:

Ein Recht auf die Leistung hat der Inhaber beider Papiere nur dann, wenn er über die Urkunde die Verfügungsberechtigung hat. Dies ist das Wesentliche, das beiden gemeinsame Prinzip, das früher fehlte. Alles andere ist nebensächlich.

Nun sagt § 793 BGB. in etwas kürzerer Form, als der von mir in obiger Gestalt wiedergegebene § 808:

„. . . so kann der Inhaber die Leistung nach Massgabe „des Versprechens verlangen, es sei denn, dass er „zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist."

Das ist genau dasselbe, was ich oben, ohne am Sinne des § 808 etwas zu ändern, als richtig redigierten § 808 hingestellt hatte; nur enthält die von mir gegebene Fassung noch, um vorläufig die Verteilung der Beweislast nach der herrschenden Lehre unangetastet zu lassen, einen für die prinzipielle Rechtsstellung der Inhaber unwesentlichen Zusatz. So lange die Verfügungsberechtigung der Präsentanten nicht bestritten wird, legitimieren beide Papiere in gleicher Weise; **dass** die Legitimation durch die Inhaberschaft bei **beiden** Papieren **überhaupt bestreitbar** ist, ist das juristisch Wesentliche. Die Verteilung der Beweislast, falls sie wirklich eine verschiedene ist, könnte an dieser grundsätzlichen Übereinstimmung des Wesens beider Papiere nichts ändern.

Den Sinn des § 793[1] kann man folgendermassen wiedergeben:

„Der Inhaber des Inhaberpapiers kann die Leistung „verlangen, soweit sein Verfügungsrecht über die Ur- „kunde unbestreitbar feststeht."

Und der Sinn des § 808 [1] Satz 1 ist:

„Der Inhaber des Legitimationspapieres kann die „Leistung verlangen, wenn sein Verfügungsrecht über „die Urkunde noch in anderer Weise nachweisbar ist."

Diese beiden Formeln lassen die Möglichkeit einer verschiedenen Beweislastverteilung deutlich erkennen; trotzdem ergeben sie, nebeneinander gestellt, die Richtigkeit der nachstehenden gemeinsamen Formel:

„Der Inhaber des Inhaber- wie des Legitimations- „papieres ist berechtigt, die Leistung nach Massgabe „des in der Urkunde enthaltenen Versprechens zu ver- „langen, es sei denn, dass er zur Verfügung über „die Urkunde nicht berechtigt ist."

Denn **das im Papiere beurkundete Forderungsrecht setzt ein Verfügungsrecht über das Papier voraus.**

Bei beiden Papieren kommt es nicht darauf an, ein Gläubigerrecht einer bestimmten Person nachzuweisen; demnach ist auch die Nennung eines bestimmten ersten Gläubigers beim Legitimationspapiere als Unterschied zwischen beiden Papieren in rechtlicher Hinsicht nicht zu verwerten, sondern ist eine ziemlich belanglose Form. Das Forderungsrecht hängt nur vom Verfügungsrecht ab. Daher erfüllt das Inhaberpapier nicht nur neben einer juristischen Eigenart, die ihm und seinem Inhaber eine besondere rechtliche Stellung gäbe, so nebenher gewissermassen auch einen Legitimationszweck, sondern sein einziger Zweck — von seiner Eigenschaft als Beweisurkunde abgesehen — ist, den Inhaber in demselben Grade, wie das Legitimationspapier, zu legitimieren als denjenigen, der ein Forderungsrecht hat, das im Papier zwar beurkundet wird, das er aber auch auf andere Art nachweisen könnte, und im Verlustfalle müsste, und das von dem Papiere in keiner Weise abhängt. Damit erfüllt es, unbeschadet seiner, möglicherweise vorhandenen, grösseren Beweiskraft keinen anderen Zweck als das Legitimationspapier, und steht seiner juristischen Natur nach ihm ganz gleich.

Da mithin eine Hervorhebung der „Inhaber"eigenschaft m. E. gar keinen Sinn mehr hat, nachdem die charakte-

ristischen Sonderrechte aus der Inhaberschaft, die dem Inhaberpapiere früher zu einem selbständigen Rechtsleben verhalfen, gefallen sind, halte ich es für richtiger, nur von Legitimationspapieren zu sprechen, die dann sowohl die früheren Inhaberpapiere wie die Legitimationspapiere im engeren Sinne umfassen würden.

§ 3.

Stellung des Inhabers gegenüber dem Schuldner.

Wird den Inhabern der beiden Papiere auf Präsentation ohne weiteres gezahlt, so liegt bei der Zahlung an den Präsentanten des Inhaberpapiers nicht etwa die Annahme zugrunde, dass er durch die Innehabung als Gläubiger legitimiert sei.

Ebensowenig beruht eine etwaige anstandslose Honorierung des präsentierten Legitimationspapiers auf der Annahme, dass der Präsentant der im Papier benannte Gläubiger sei.

Sondern bei beiden Papieren beruht die Erfüllung der Leistung auf der Annahme des Schuldners, dass die Inhaber zur Verfügung über die Urkunde berechtigt seien, gleichviel aufgrund welchen Rechtstitels; sie gelten als legitimiert zur Verfügung über das Papier; ob sie es sind, ist bei beiden eine weitere Frage.

Daraus folgt, dass der Inhaber weder beim Inhaber-, noch beim Legitimationspapiere lediglich aus dem Besitz des Papiers ein Recht zur Forderung der Leistung hat; es muss vielmehr **zum Besitz noch die Verfügungsberechtigung** treten, **um bei beiden Papieren** dem Inhaber ein **Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner** zu geben. Wohl aber wird in beiden Fällen der Inhaber lediglich durch den Besitz zur Empfangnahme der Leistung legitimiert und in diesem Sinne kann man von einem **Recht zur Empfangnahme** sprechen.

Der nicht Verfügungsberechtigte hat das Papier entweder gestohlen oder unterschlagen; damit ist der strafrechtliche Inhalt seiner Tat erschöpft und mit der Präsentation

und Annahme der Leistung begeht er kein neues Delikt[1]); er macht ja kein **Recht** durch Vorspiegelungen geltend, denn das Recht zur Forderung geht mit dem Papiere nur dann mit, wenn es vom Forderungsberechtigten mit dem Papiere übertragen wird. Was der nicht verfügungsberechtigte Präsentant also nicht hat, kann er auch nicht geltend machen. Lässt ihn aber der Schuldner als berechtigt gelten, so hat er nicht nötig, ihm zu widersprechen.

Dagegen ist eine Folge der in beiden Papieren enthaltenen Inhaberklausel, dass sie bedingt legitimieren, d.h. dass der Schuldner ohne Schaden für sich den Inhaber als legitimiert zur Empfangnahme ansehen **kann**. Tut er das und leistet dem Präsentanten das Geschuldete, so hat dieser zwar nicht die Leistung zurecht erhalten in dem Sinne, dass er nun Eigentümer der erhaltenen Leistung wurde, wie dies bei dem früheren reinen Inhaberpapiere der Fall war, aber er hat kein neues Delikt begangen mit der Empfangnahme; denn er hat mit der Präsentation, aus der die Zahlung dann ohne sein weiteres Zutun erfolgte, nur die zu jedem Diebstahl, zu jeder Unterschlagung erforderliche Absicht, die weggenommene Sache sich rechtswidrig zuzueignen, auch weiterhin betätigt, indem er ihren Eigentumsinhalt ausübte.

Ausübung des Eigentumsinhalts ist es aber, wenn der Dieb die Sache mit Ausschluss aller anderen, insbesondere des Eigentümers, seinen eigenen Zwecken dienstbar macht[2]).

Die Ausübung des Eigentumsinhalts an einem Legitimations- oder Inhaberpapier liegt vor allem in seiner Präsentation, d. h. in seiner Benutzung als Legitimation; deshalb ist die Präsentation kein neues Delikt, kein Betrug. Denn dem Schuldner gegenüber hat der Präsentant nichts vorgespiegelt,

---

[1]) Von einigen Autoren wird die Abhebung als neues Delikt, als Betrug, behandelt, was ich für ausgeschlossen halte, da die Benutzung des Präsentationspapieres zur Präsentation sich in den Grenzen der Absicht rechtswidriger Zueignung hält, falls nicht neue Momente hinzutreten, die den Tatbestand verändern. Sie wird also durch das Delikt des Diebstahls in diesem Falle konsumiert. Vgl. Binding, Lehrbuch [2], Bd. I, S. 266: „Nimmt jemand — bestraft werden können."

[2]) Vgl. § 242, 246 StGB. und Liszt, Lehrb. [18], S. 431.

ihn auch nicht geschädigt; dem geschädigten Eigentümer des Papiers gegenüber aber wird seine Handlung durch den begangenen Diebstahl, resp. die Unterschlagung mitumfasst; die Früchte aus diesen Delikten, d. h. die empfangenen Leistungen, müssen zurückgegeben werden, aber die Abhebung selbst bildet kein weiteres Delikt. Der Inhaber hat **dem Schuldner gegenüber** unbedingt **zurecht empfangen**; denn dieser ist berechtigt, das Papier ohne weiteres als Legitimation gelten zu lassen und wird durch Zahlung stets befreit, also nie geschädigt; aber da, wo er scheinbar durch stillschweigende Erfüllung der Leistung ein Recht des Inhabers auf die Leistung aus dem blossen Papierbesitz anerkennt, wird in Wirklichkeit stets mit der reservatio mentalis gezahlt: „indem wir annehmen, dass ihr irgendwie zur Verfügung über die Urkunde berechtigt seid und den darin enthaltenen Schuldtitel also mit Recht geltend macht."

§ 4.

Zession und Tradition.

Einen weiteren Unterschied bildete es früher zwischen den beiden Papieren, dass die Eigentumsübertragung beim Inhaberpapier durch Tradition, beim Legitimationspapier durch Zession stattfindet; denn indem die Forderung zediert wird, wobei das Papier mit übergeht, kann man hier ebenso gut von der Zession des Papieres sprechen, wie man beim Inhaberpapier lediglich von der Tradition des Papiers spricht, obwohl damit auch eine Forderung abgetreten wird.

Dieser Unterschied aber ergibt sich weder aus einer inneren Verschiedenheit des Rechtscharakters beider Papiere, noch begründet er eine solche; vielmehr beruhte er lediglich auf Zweckmässigkeitsgründen, auf Verkehrsrücksichten.

Die Tradition des Inhaberpapiers ergab sich aus seiner Entstehung und seinem Zweck von selbst als die natürliche Form der Übertragung. Denn während der Zweck des Inhaberpapiers die Erleichterung des Verkehrs war, bildete die Zession schon bei anderen Forderungen dadurch, dass sie eventuell bis zur Ersitzungszeit auf die früheren Zedenten behufs Nachweises ihres Erwerbes zurückgeführt werden

musste — was allerdings durch das BGB. beseitigt ist — ein sehr umständliches Verfahren. Immerhin war es bei Forderungen anderer Art nicht schwierig, den Erwerb selbst bis zum originären Gläubiger zurückzuführen, da zwischen diesem und dem Schuldner ein bestimmtes Geschäft zwischen bestimmten und bekannten Personen vorlag.

Anders beim Inhaberpapier. Der Aussteller bringt das Papier zur Ausgabe und erhält die für seine Verpflichtung beanspruchte Gegenleistung; aber von wem, das weiss er nicht und braucht es auch nicht zu wissen, da es für dies Geschäft ganz bedeutungslos ist. Würde nun das Papier weiterhin dann durch Zession übertragen, so hätte nach früherem Rechte es u. U. nötig sein können, die Reihe der Zessionen bis auf den Erstgläubiger zurückzuführen. Dieser aber konnte dann nicht, wie die Gläubiger aus anderen Forderungen, den Nachweis über das Entstehen seiner Forderung und damit den Beweis seiner Erstgläubigerschaft bringen; denn Berufung auf den Aussteller war nicht möglich. Vielleicht konnte ja die Ausgabestelle die Subskribentenliste noch haben, was aber nach vielen Jahren sehr unwahrscheinlich und nicht einmal als strikter Beweis anzusehen war; in der Regel aber liess sich der Nachweis der Erstgläubigerschaft überhaupt nicht erbringen. „Um diese Weitläufigkeiten abzuschneiden, haben die Regierungen die Staatspapiere auf den Inhaber ausgefertigt und jeden Inhaber als den Gläubiger erklärt (v. Gönner)[1]) und deshalb, kann man allgemein sagen, begnügte man sich bei den Inhaberpapieren mit der Tradition wie bei beweglichen Sachen, zumal ja früher das Recht selbst als accessorium des Papiers sehr in den Hintergrund trat und gar keine selbständige Existenz hatte, sodass es beim Übergange des Inhaberpapiers sich tatsächlich um nichts als um eine Sache handelte.

Obwohl die rein sachenrechtliche Seite des Inhaberpapiers heute erheblich zugunsten der obligationenrechtlichen zurückgetreten ist, hat das BGB. doch bei den Inhaberpapieren, da das Entstehungsverhältnis der Obligation das gleiche wie früher geblieben ist, die Tradition beibehalten.

---

[1]) v. Gönner, Von Staatsschulden, S. 182.

Das Legitimationspapier dagegen wurde und wird auch heute noch durch Zession übertragen, insofern als für die darin verbriefte Forderung Abtretung (Zession) nötig ist nach § 398 BGB.

Angenommen — was ich später de lege ferenda bestreiten werde — dass dieser Unterschied berechtigt ist, so hat er doch mit der Natur des Papiers nichts zu tun. Ob Tradition, ob Zession, das ist eine leere Form, die ganz willkürlich heute bestimmt ist und nichts zu schaffen hat mit der Frage: Hat der Inhaber des Inhaberpapiers eine besondere Stellung und besondere Rechte, die es rechtfertigen würden, dass man um dieser besonderen Rechte, um eines besonderen Zweckes jedes der beiden Papiere im einen Falle den Inhaber besonders begünstigt, obwohl doch beide Papiere die Inhaberklausel haben?

Zudem ist und war die Zession stets formlos. „Dieser dem Präsentanten zur Seite stehende Zessionseffekt hat aber nicht einen Zessionsvertrag zur notwendigen Voraussetzung, sondern wird unmittelbar und einfach durch den Besitzwechsel vermittelt" (Kuntze)[1]), sodass die formlose Zession der Tradition sehr ähnlich wird.

Immerhin hatte bis 1871 der Inhaber des Inhaberpapiers eine originäre Gläubigerstellung, sodass die Frage seines Erwerbs bei Einforderung der Leistung unbedingt ausschied. Dieses Vorrecht berührte nun allerdings das Verhältnis beider Papiere, es stellte einen wesentlichen Unterschied zwischen ihnen her; denn der Inhaber des Legitimationspapiers musste durch den Nachweis einer Zessionskette sein eventuell bestrittenes Forderungsrecht begründen, während dem Inhaber des Inhaberpapiers sein Forderungsrecht überhaupt nicht bestritten werden konnte und durfte. Heut aber kann die Verfügungsberechtigung — die Gläubigereigenschaft ist ja jetzt ganz in den Hintergrund getreten — auch beim Inhaberpapier bestritten werden; denn der Inhaber ist nur forderungsberechtigt, wenn er auch verfügungsberechtigt ist. Selbst wenn, was ich ebenfalls bestreiten werde, nach

[1]) Kuntze, Inhaberpap., S. 397.

geltendem Recht der Gläubiger nicht nötig hat, sein Verfügungsrecht über das präsentierte Inhaberpapier zu beweisen, sondern dem bestreitenden Schuldner die Beweislast zuschieben kann, so hat er doch gegenüber dessen Beweismitteln sich zu äussern und wird dann ebenso gut wie der Inhaber des Legitimationspapiers seinen redlichen Erwerb eventuell selbst nachweisen müssen. Ob aber dieser redliche Erwerb im einen Falle als Zession, im anderen als Tradition nachgewiesen wird, ist sehr gleichgültig, sobald als gemeinsames Charakteristikum der rechtlichen Stellung der beiden Inhaber die Verpflichtung feststeht, über den Erwerb überhaupt Rechenschaft ablegen zu müssen, insofern heute auch das Recht aus dem Inhaberpapier bestreitbar ist.

Endlich aber ist noch zu bemerken: Heut, wo auch den Inhaber des Inhaberpapiers nur Papierbesitz und Verfügungsrecht zur Forderung berechtigen, er also prinzipiell sich in derselben Rechtsstellung befindet, wie der Inhaber des Legitimationspapiers, wo also die Frage nach Tradition oder Zession nicht mehr nach der inneren Verschiedenheit der Papiere zu lösen ist, glaube ich, dass man die für die Inhaberpapiere geltende Übertragung durch Tradition ohne weiteres auch auf die Legitimationspapiere ausdehnen muss, da geringe äussere Unterschiede zu ihrer Gegenüberstellung als verschiedene Arten Wertpapiere und damit zur Schaffung künstlicher Unterschiede keinen Anlass mehr bieten können.

Eine direkte gesetzliche Bestimmung, die für die Übertragung der Legitimationspapiere die Zession anordnet, wäre dabei gar nicht einmal zu beseitigen; es würde sich nur fragen, ob man dann die Legitimationspapiere mit den übrigen Forderungen ohne weiteres zusammenwerfen darf, für die § 398 BGB. bestimmt: „Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden“ oder ob für sie sachenrechtliche Fahrnisgrundsätze massgebend sein sollen?

Bei dem völligen Fehlen aller grundsätzlichen Unterschiede nach heutigem Rechte dürfte diese Frage in letzterem Sinne zu beantworten sein.

Die Überzeugung von der Überflüssigkeit dieser verschiedenen Erwerbsarten für die beiden Papiere ist auch gar kein neuer Gedanke mehr, sondern fasste schon Wurzel zu einer Zeit, als das Inhaberpapier der Rechtsstellung nach wirklich vom Legitimationspapier erheblich verschieden war. In den Protokollen zum Dresdener Entwurf[1]) findet sich bei der Beratung von art. 367 (Legitimationspapiere) folgende Äusserung:

> Manche Juristen vertraten die sehr bestrittene Ansicht, dass eine Urkunde, die neben der Benennung des Gläubigers die Inhaberklausel enthalte, einem vollkommenen Inhaberpapiere rechtlich gleichstehe. Andere unterschieden nach dem Zweck, den die Parteien mit der Inhaberklausel verbänden: Soll sie die Abtretung der Forderung erleichtern, dann ist die Urkunde nur ein unvollkommenes Inhaberpapier. Die Folge davon sei, dass zur Abtretung der Forderung kein Zessionsvertrag nötig sei, vielmehr der Zessionseffekt schon durch den Besitzwechsel vermittelt werde . . .

Im ersten Falle folgt aus der rechtlichen Gleichstellung mit dem Inhaberpapier also ohne weiteres, dass von Zession gar keine Rede sein kann; die zweite Ansicht operiert mit einem Zessionseffekt; dieser wird aber bei Mobilien durch Besitzwechsel, also durch Tradition, bewirkt; die Vertreter dieser Ansicht, z. B. Kuntze[2]), halten also im Grunde die Zession auch für unangebracht, wollen aber der herrschenden Meinung eine Konzession machen und erklären, dass das Legitimationspapier zwar ebenso den Besitzer wechsele, wie das Inhaberpapier, aber dass hier die Tradition die Wirkung einer Zession habe, – eine etwas gekünstelte Theorie, aus der aber jedenfalls hervorgeht, dass auch diese Richtung für die Verschiedenheit des Eigentumsüberganges an den Papieren wenig übrig hat.

---

[1]) Protok. z. Dresd. Entw., Bd. 6, S. 3854.

[2]) Kuntze, Inhaberp., S. 397.

§ 5.

Der gutgläubige dritte Erwerber.

Es hätte der ganze Unterschied zwischen Tradition und Zession wenig praktische Bedeutung, wenn der gutgläubige Erwerber durch Tradition eines gestohlenen Papieres, im Gegensatz zu anderen Sachen, nicht Eigentum erwerben könnte. Nun wird aber durch § 935 [2] BGB. ausdrücklich festgesetzt, - wie schon das alte HGB. in art. 307 in Verbindung mit art. 306 bestimmte — dass auch bei gestohlenen u.s.w. Inhaberpapieren der redliche Erwerber Eigentum am Papier erlange. Würde nun, falls der Übergang durch Tradition auch für Legitimationspapiere anzuerkennen ist, auch die Ausnahme für die Inhaberpapiere in § 935 [2] für sie gelten müssen? Die Frage glaube ich unbedingt bejahen zu müssen.

Ebenso wie regelmässig an gestohlenen Sachen kein Eigentumserwerb stattfindet, ist auch gemäss dem für Forderungen ohne Ausnahme geltenden Grundsatze: „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" die Zession des Legitimationspapieres nur gültig, wenn der Zedent das Eigentum an dem Papiere hatte.

Wenn nun zwischen Inhaber- und Legitimationspapier bezüglich ihres Rechtscharakters kein Unterschied mehr besteht, da das Forderungsrecht aus dem Inhaberpapier — selbst wenn man eine Verschiedenheit der Beweislastverteilung annimmt — an dieselben Bedingungen geknüpft ist, wie beim Legitimationspapier, so folgt daraus, dass bezüglich der Übertragung des Rechtes dem gutgläubigen Erwerber dieselbe Sicherung bei beiden Papieren gegeben werden muss. Es müsste also auch bei der Zession des Legitimationspapiers der gutgläubige Zessionar ebenso Eigentümer werden, wie der gutgläubige Erwerber des Inhaberpapiers, auch wenn der Zedent böswilliger Erwerber war. Wenn also Müller ein Sparkassenbuch stiehlt und es dem gutgläubigen Schulze formlos zediert, so müssen für Schulze dieselben, aus § 935 [2] in Verbindung mit § 932 [1] BGB. sich ergebenden Rechtsvorteile gelten, wie für den gutgläubigen Inhaber eines Inhaberpapieres: Ist schon Sperre verhängt, so hat er nur den guten Glauben einzu-

wenden, dessen Nichtvorhandensein man ihm erst beweisen muss, um Papier und Forderungsrecht zu behalten, und wird ihm schon vor Verhängung der Zahlungssperre geleistet, so braucht er als gutgläubiger Empfänger nichts zurückzugeben. Damit ist der Zweck der Zession, eine Kette gutgläubiger Übertragungen bis auf den Zeitpunkt der Ersitzung oder den originären Gläubiger nachzuweisen aber hinfällig geworden, und da die Zession ohnehin formlos ist, also äusserlich sich von der Tradition kaum unterscheidet, da ferner aus der gleichen Rechtsstellung der Inhaber beider Papiere sich die Notwendigkeit gleichen Schutzes auch für den gutgläubigen Erwerber beider Papiere ergibt, wäre es schon aus praktischen Gründen nötig, die formlose Zession durch Tradition zu ersetzen.

Die Gründe, die für die Ausnahme des § 935 ² zugunsten der Inhaberpapiere sprechen, sind heute nur Rücksichten auf Verkehrssicherheit und Brauchbarkeit des Papiers im Geschäftsleben. Früher allerdings ergab sich dieser Unterschied aus der originären Gläubigerstellung, die das Inhaberpapier durch seinen Besitz im Gegensatz zum Legitimationspapier verlieh. Heut aber, wo bei beiden Papieren das Forderungsrecht nicht mit der gestohlenen etc. Urkunde mit und auf den Inhaber übergeht, sondern ein selbständiges Recht ist, das stets bei dem Eigentümer des Papiers bleibt, mag er es im Besitz haben oder nicht, sind nur Verkehrsrücksichten für die Ausnahme des § 935 ² zugunsten der Inhaberpapiere massgebend gewesen.

Was in dieser Hinsicht für den Schutz der Inhaberpapiere gilt, trifft in gleichem Masse zu für die Legitimationspapiere. Beides sind Wertpapiere, die von Hand zu Hand gehen, die verkauft, verpfändet, lombardiert etc. werden können; so werden Sparkassenbücher vor allem, aber auch Policen, Pfandscheine etc. im täglichen Verkehr in gleicher Weise wie die Inhaberpapiere verwendet.

In diesem Sinne führt eine Entscheidung des Reichsgerichts[1]) treffend aus:

[1]) Entsch. d. RG. in Strafsachen, Bd. XXVI, S. 152; Entsch. v. 29. X. 94.

„Man will sich der offenkundigen Tatsache ver-
„schliessen, dass Verkehrsbedürfnis und Verkehrs-
„anschauung tatsächlich die Sparkassenbücher
„den Inhaberpapieren ausserordentlich genähert
„hat“ . . . „es hat die Befreiung der Sparkassen von
„jeder Prüfungspflicht hinsichtlich der Legitimation des
„Inhabers bewirkt, dass sie tatsächlich wie Inhaber-
„papiere von Hand zu Hand wandern, im täglichen
„Handel und Wandel verkauft, versetzt, vererbt, ver-
„schenkt oder sonst übertragen werden.“

Nach diesem kompetenten Urteil des höchsten deutschen Gerichtshofes sind für den Verkehr die Legitimationspapiere — denn was das Reichsgericht in diesem Spezialfalle vom Sparkassenbuch sagt, gilt allgemein für alle Legitimationspapiere — ebenso wichtig und werden im Verkehr ebenso behandelt wie die Inhaberpapiere, haben also auch ein Anrecht auf denselben Schutz, soweit dieser nur aus Verkehrsrücksichten, nicht aus einer besonderen Eigenschaft des betreffenden Papiers heraus gewährt wird.

All dies sind ja allerdings Erwägungen de lege ferenda. Sie hören aber auf, es zu sein, sobald der Standpunkt der herrschenden Meinung, dass die vom BGB. als verschiedene Arten behandelten Legitimations- und Inhaberpapiere auch wirklich nach ihrer rechtlichen Stellung verschieden sind, aufgegeben wird.

Ist man sich, wovon in vorliegender Arbeit ausgegangen wird, darüber klar, dass dank der gleichen Rechtsstellung der Inhaber beider Papiere eventuell vorhandene kleine äussere Unterschiede nicht ausreichen, die Zerreissung des einheitlichen Legitimationspapiers in zwei besondere Rechtsinstitute zu rechtfertigen, so sind auch die weiteren Erörterungen über den Rechtserwerb des gutgläubigen Dritten nicht mehr blosse Ansichten; vielmehr ergibt sich dann ohne jede Änderung des Gesetzes ganz von selbst, dass unter den „Inhaberpapieren“ § 935 ^{2} BGB. die sämtlichen mit der Inhaberklausel versehenen Legitimationspapiere zu verstehen sind.

§ 6.

Unterschied in der Entstehung der Obligation.

„Das Wesen des Wertpapiers beruht auf einer eigentümlichen Verbindung einer körperlichen und einer unkörperlichen Sache“ (Gierke)[1]) und die sachenrechtliche Seite kommt beim Inhaberpapier bedeutend stärker bei der Entstehung zum Ausdruck als beim Legitimationspapier.

Denn während bei ersterem schon die Urkunde über das Forderungsrecht perfekt ist, ehe das Forderungsrecht selbst überhaupt entsteht, muss umgekehrt beim Legitimationspapier zunächst die Forderung entstehen, ehe ihr Inhalt urkundlich fixiert wird, damit über das perfekt gewordene Geschäft eine Beweisurkunde vorhanden ist. Durch die dieser Beweisurkunde beigefügte Inhaberklausel wird jedoch bewirkt, dass dieser erhebliche Unterschied in der Entstehung der Forderung, dank der veränderten Stellung des Inhaberpapiers, nach heutigem Rechte in der Rechtsstellung der beiden Papiere kaum noch zum Ausdruck kommt. Soweit Verschiedenheiten zwischen beiden Papieren angenommen werden, beruhen sie wohl durchgängig auf einer Verkennung der gleichen Rechtsstellung, die die Papiere ihren Inhabern gewähren.

Infolge der Entstehung des Inhaberpapiers gab früher, aber nicht mehr nach geltendem Rechte, die Innehabung das originäre Gläubigerrecht gegenüber dem Schuldner. Insofern hatte die Entstehung der Obligation damals grossen Einfluss auf die Rechtsstellung der Papierinhaber, da dies Legitimationspapier eine solche originäre Gläubigerstellung seinem Inhaber nicht gewähren konnte.

Andrerseits war früher, aber nicht mehr heute, auch für das Legitimationspapier seine Entstehungsart nicht ohne Bedeutung. Da es durch die Nennung des Namens des Gläubigers aus einem bestimmten Geschäft zunächst für diesen zur Beurkundung seiner Gläubigereigenschaft diente, konnte auch die beigefügte Inhaberklausel nur den Zweck haben, dem Präsentanten als bedingte Legitimation in seiner Eigenschaft

[1]) Gierke, Dtsch. Priv.-R., Bd. II; Sachenrecht, S. 106.

als Gläubiger zu dienen, und diese bedingte Legitimation wurde zur vollkommenen, sobald der Schuldner sie gelten liess, oder sobald der Inhaber den Erwerb vom benannten Gläubiger direkt oder durch eine Reihe von Zwischengliedern hindurch nachwies.

Es handelte sich also in beiden Fällen um die Gläubigerschaft; aber diese Gläubigerschaft äusserte sich in ganz verschiedener Form, und dies war zurückzuführen auf die verschiedene Entstehung des Forderungsrechtes bei den beiden Papieren.

Der Inhaber des Inhaberpapiers war deshalb originärer Gläubiger, weil zwischen dem ersten Inhaber und dem Aussteller des Papiers jede Brücke fehlte; es handelte sich gewissermassen um den Kauf einer Verpflichtung durch eine unbekannte Person bei einer beliebigen Mittelsperson. Deshalb war sowohl dieser Käufer wie jeder seiner Nachfolger originärer Gläubiger! Da der erste Inhaber nicht nachweisen konnte, wie die Verpflichtung grade zwischen ihm und dem Schuldner zustande gekommen war, sondern nur, dass sie überhaupt bestand, musste diese Verpflichtung am Papier hängen und mit demselben mitgehen, sodass jeder Inhaber desselben sie von neuem, nur aufgrund seiner Inhaberschaft, also als originärer Gläubiger, geltend machte; daher stand dem Schuldner ein Bestreiten der Gläubigerstellung nicht zu.

Der Gläubiger des Legitimationspapieres dagegen leitete sein Recht aus einem bestimmten Geschäft her, in dem er für eine genau bestimmte Leistung die Verpflichtung des Schuldners als Gegenleistung empfing. Diesen Verpflichtungsschein konnte er beliebig veräussern; aber das Recht seines Nachfolgers auf Leistung leitete sich nicht von der Verpflichtung des Schuldners her, überhaupt zu zahlen, sondern es leitete sich von dem Recht des ersten Gläubigers her, aufgrund des bestimmten Geschäfts gemäss der vom Schuldner ihm beurkundeten Verpflichtung, eine Gegenleistung zu empfangen. Daher war er nur dann Gläubiger gegenüber dem Schuldner, wenn er neben seiner Inhaberschaft seine Gläubigerstellung gegenüber dem Schuldner durch

irgend einen Rechtstitel auf den originären Gläubiger zurückführen konnte.

Deshalb bildete im früheren Rechte die Entstehung der Verpflichtung einen grossen und wesentlichen Unterschied zwischen beiden Papieren.

Anders heute, wo es dem Schuldner gegenüber bei beiden Papieren überhaupt nicht mehr darauf ankommt, wer Gläubiger ist. Der Schuldner zahlt demjenigen, der Papier und Verfügungsberechtigung hat; letztere ist also bei beiden Papieren Voraussetzung des Rechtes: der Schuldner kann bei beiden Papieren durch die Inhaberschaft den Präsentanten als legitimiert zur Verfügung betrachten; er kann aber bei beiden auch die Verfügungsberechtigung aufgrund des blossen Papierbesitzes bestreiten.

Damit haben beide Inhaber die gleiche Rechtsstellung erlangt, die auch dadurch nicht erschüttert werden kann, dass die herrschende Meinung — vorliegende Arbeit soll das Gegenteil beweisen — annimmt, bei Bestreitung der Legitimation durch das präsentierte Inhaberpapier habe der Schuldner die Beweislast, während er sich dem Inhaber des Legitimationspapiers gegenüber mit dem Bestreiten begnügen und jenem die Last des Gegenbeweises überlassen dürfe.

Das Charakteristische, wodurch beide Inhaber rechtlich gleichgestellt sind, ist, dass die Verfügungsberechtigung überhaupt bei beiden Papieren bestritten werden darf; die Frage der Beweislastverteilung kann daran nichts ändern, selbst wenn sie anders liegen sollte, als hier angenommen wird.

Deshalb ist es m. E. auch nicht als richtig anzusehen, wenn Gierke[1]) mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Entstehung beider Papiere die Ansicht äussert: „Solche auf den Namen lautende Legitimationspapiere sind keine Inhaberpapiere und unterliegen nicht den für Inhaberpapiere geltenden besonderen Rechtssätzen“ und diese Legitimationspapiere dann für Rektapapiere in Inhaberpapierform, „scheinbare Inhaberpapiere“ erklärt.

---

[1]) Gierke, Dtsch. Priv.-R., Bd. II, S. 139, 140.

Übrigens gibt es auch Legitimationspapiere, die sich schon äusserlich von Inhaberpapieren gar nicht unterscheiden lassen, z. B. die Garderobenmarke[1]). Dieselbe ist eine einfache Nummer auf einem Täfelchen und legitimiert jeden, der sie in der Garderobe vorzeigt, zum Empfang der Kleider, für deren Überlassung sie den Nachweis bilden soll. Es ist nicht richtig, was Cosack[2]) sagt, dass hier der Inhaber der Marke im Zweifel den Beweis seines Eigentums zu führen habe, und dass deshalb die Garderobenmarke ein Legitimationspapier sei: zu beweisen hat die Garderobenfrau; denn es handelt sich nicht um den Nachweis des Eigentums der Sachen, sondern darum, ob der Präsentant der Marke derselbe ist, der die Sachen deponierte; hierfür soll die Marke als Legitimation gelten, und wenn die Garderobenfrau dies bestreitet, liegt ihr Gegenbeweis ob. Auch in soweit also gleicht die Marke dem reinen Inhaberpapier. Aber sie legitimiert nicht, wie ein Inhaberpapier, irgend einen beliebigen als den, der eine bestimmte Leistung des Schuldners fordern darf, sondern sie soll eine **bestimmte, aber unbekannte** Person, dieselbe nämlich, die vorher mit der Garderobenfrau verhandelte, legitimieren, ihre eigenen Sachen, also nicht für eine Leistung die Gegenleistung, sondern dasselbe, was sie vorher weggegeben hatte, zurückzuempfangen. Deshalb also, weil die Garderobenmarke eine bestimmte Person legitimieren als diejenige, die ihre Sachen zur Aufbewahrung hingab und sie demgemäss zurückfordern darf, ist sie ein Legitimationspapier, obwohl sie äusserlich ein reines Inhaberpapier im Sinne der früheren Rechtsanschauung[3]) zu sein scheint.

---

[1]) Vgl. Cosack, Lehrb.[3], Bd. II, § 274, II, 4a, Anm.: „Somit sind die Theaterbillets echte, die Garderobenmarken hinkende Inhaberpapiere.“ Dgl. a. a. O. 4a: „Bei vielen Legitimationspapieren wird ein Gläubiger gar nicht benannt, und zwar nicht bloss bei Inhaber- und Blankopapieren, sondern auch bei hinkenden Inhaberpapieren. Letztere sind alsdann von echten Inhaberpapieren äusserlich gar nicht zu unterscheiden.“

[2]) Cosack, Lehrb.[3] II, S. 386.

[3]) d. h. eine Legitimation, die jeden Inhaber berechtigt, die mit der gleichen Nummer versehenen Sachen gegen Rückgabe der Kontermarke zu verlangen.

In einem, allerdings sehr seltenen Falle, scheint die Entstehungsverschiedenheit der beiden Papiere auch heute noch zu einem Unterschiede in der Rechtsstellung zu führen; nämlich durch die Bestimmung in § 794 [1] BGB., dass der Aussteller eines Inhaberpapiers auch dann aus demselben verpflichtet wird, wenn es ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Aber, von der Seltenheit eines solchen Falles ganz abgesehen, ist es bei diesem Paragraphen, dessen prinzipielle Berechtigung in der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs heftig angegriffen wurde[1]), schon jetzt sehr zweifelhaft, ob er nicht auch für die Legitimationspapiere Geltung haben soll. Denn die Kommission selbst erklärte[2]), dass es zweifelhaft sei, inwieweit auf „sie (d. h. die Legitimationspapiere) die Vorschrift des § 686 (der dem späteren § 794 [1] BGB. entspricht) Anwendung finden werde."

Bei so ungeklärter Meinung der Gesetzgeber kann man auch bei Anerkennung der Zweiteilung der Legitimationspapiere annehmen, dass der § 794 [1] für beide Arten Papiere gelten soll.

Falls aber die Ansicht, dass es ein besonderes Inhaberpapier im juristischen Sinne nicht mehr gibt, Anerkennung findet, würde der § 794 [1] zweifellos und ohne weiteres auf alle Legitimationspapiere zu beziehen sein.

§ 7.

Die Verschiedenheit der Beweislastverteilung ist kein Hindernis für die Annahme eines einheitlichen Legitimationspapieres.

So bleibt denn als einziger angeblicher Unterschied in der Rechtsstellung der beiden Inhaber die Verschiedenheit der Beweislastverteilung bei Bestreitung der Verfügungsberechtigung bestehen: Denn während nach der herrschenden Ansicht der Inhaber des Inhaberpapiers bis zum Be-

[1]) Protokolle II. Lesung, S. 2649—2651.
[2]) Protokolle II. Lesung, S. 2651.

weise des Gegenteils durch den Papierbesitz schon als verfügungsberechtigt anzusehen ist, muss der Inhaber des Legitimationspapiers, wenn der Schuldner seine Verfügungsberechtigung bestreitet, dieselbe auf andere Art selbst nachweisen.

Dieser möglicherweise vorhandene Unterschied kann aber auf die Rechtsstellung beider Papiere nur dann von Einfluss sein, wenn er sich aus inneren Gründen ergibt, wenn er aus der sonstigen rechtlichen Lage der Inhaber sich als folgerichtige Notwendigkeit herausstellt. Dies war, wie schon oben berührt wurde, früher der Fall. Der Inhaber des Inhaberpapiers galt kraft seiner Inhaberschaft als originärer Gläubiger; die Geltendmachung des Rechts gegenüber dem Schuldner hing nur vom Besitz des Papiers ab, Papier und Forderung waren gewissermassen eins, oder, wie man früher sagte: das Forderungsrecht war in der Urkunde verkörpert. Hier war seitens des Schuldners streng genommen überhaupt kein Gegenbeweis möglich, jedenfalls aber brauchte sich ein Inhaber, für den von vornherein eine so starke Vermutung seines Rechtes sprach, auf keine weiteren Beweise einlassen; er hatte gesetzlich kraft der Inhaberschaft zu fordern; wer die Leistung verweigerte, musste also die Gründe nicht nur angeben, sondern auch beweisen.

Heut aber, wo der Besitz des Inhaberpapiers für sich allein gar kein Recht gibt, sondern ebenso wie beim Legitimationspapier, zum Besitz die Verfügungsberechtigung treten muss, um ein Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner zu begründen, fehlt zu einer solchen Verschiebung der Beweislast die innere Berechtigung; wenn sie wirklich besteht, so ist sie eine rein prozessuale Vorschrift, die jederzeit wegfallen kann, ohne dass dadurch im Wesen der beiden Papiere und in ihrem Verhältnis zu einander etwas geändert würde.

Demnach hat das heutige speziell sogenannte Inhaberpapier

1. überhaupt gar kein Recht mehr auf seinen charakteristischen Namen, da die Hervorhebung des Inhabers grade bei ihm im Gegensatz zu anderen Papieren, die

ebenfalls die Inhaberklausel tragen, heut keine Berechtigung mehr hat,

2. ist das sogenannte Inhaberpapier seiner rechtlichen Stellung nach identisch mit dem Legitimationspapier heutigen Rechts;

denn wie dieses, gibt es ein Recht, vom Schuldner zu fordern, nur, wenn zu seinem Besitz die Verfügungsberechtigung über das Papier hinzutritt; und wie dieses kann es zur Empfangnahme der Leistung auch ohne Verfügungsbefugnis dem Schuldner — nicht dem Gläubiger und wirklich Verfügungsberechtigten — gegenüber berechtigen, wenn der Schuldner die Verfügungsbefugnis nicht bestreitet.

Demnach könnte man nach heutigem Rechte, unter vorläufiger Annahme einer verschiedenen Beweislastverteilung, folgende Einheitsdefinition für alle Legitimationspapiere, wie ich unter Wegfall des Namens „Inhaberpapiere“ die Papiere mit Inhaberklausel nenne, aufstellen:

„Legitimationspapiere sind solche Beurkundungen „einer Leistungspflicht seitens des benannten Schuldners, „die dem Inhaber der Urkunde, wenn er über die„selbe verfügen darf, ein Recht auf die Leistung „geben, ohne Rücksicht darauf, ob seine Urkunde neben „der Inhaberklausel noch einen benannten Gläubiger „aufführt oder nicht.

„Die Präsentation durch den nicht verfügungs„berechtigten Inhaber berechtigt trotzdem den „Schuldner, dolus und culpa lata ausgeschlossen, ohne „eigenen Nachteil den Inhaber durch den Papierbesitz „als legitimiert zur Verfügung über das Papier an„zusehen.

„Die blosse Innehabung des Papiers, soweit der „Schuldner sie als Legitimation zum Empfang der „Leistung anerkennt, macht den Inhaber auch ohne Ver„fügungsbefugnis im Verhältnis zum Schuldner zum be„rechtigten Empfänger der Leistung, unbeschadet „seiner Regresspflicht gegenüber dem wirklich Ver„fügungsberechtigten.

„Es gibt Legitimationspapiere stärkerer Beweis-
„kraft, früher „Inhaberpapiere" genannt, und Legiti-
„mationspapiere schwächerer Beweiskraft. Bei
„ersteren hat der die Verfügungsbefugnis des Inhabers
„bestreitende Schuldner die Beweislast für seine Be-
„hauptungen; bei letzteren hat der Inhaber dem be-
„streitenden Schuldner den Nachweis seines Verfügungs-
„rechts zu erbringen."

Die in Absatz 4 gegebene Einschränkung rechtfertigt m. E. nicht die Beibehaltung eines selbständigen „Inhaberpapiers". Denn es kommt danach zwar die Bedingtheit der blossen Papierlegitimation bei einem Teil der Legitimationspapiere nicht so stark zum Ausdruck wie bei dem andern; aber vorhanden ist diese Bedingtheit bei allen Legitimationspapieren, und damit ist auch die Stellung der Inhaber bei allen eine so rechtlich gleichartige, dass eine etwaige Abstufung des Wertes der Papierlegitimation niemals einem selbständigen Rechtsinstitut, einem besonderen „Inhaberpapier" Lebenskraft geben könnte.

Ausserdem aber entspricht der mit Rücksicht auf die herrschende Meinung zugefügte Absatz 4 der Einheitsdefinition m. E. durchaus nicht den tatsächlichen Verhältnissen und es ist der Zweck des folgenden Paragraphen, nachzuweisen, dass nicht nur de lege ferenda eine einheitliche Regelung der Beweislastverteilung wünschenswert und nötig, sondern dass sie tatsächlich vorhanden ist.

§ 8.

Die herrschende Lehre von der verschiedenen Beweislastverteilung bei Inhaber- und Legitimationspapieren beruht auf Irrtum.

Vier Gründe sprechen gegen eine verschiedene Beweislastverteilung bei Bestreitung des Verfügungsrechts der Inhaber beider Papiere:

1. die Interpretation des Gesetzestextes selbst,
2. die Beweisregeln über Urkundenprozess in der CPO.,
3. strafrechtliche Rücksichten,
4. die Einfügung des § 367 in das HGB.

I. Im ganzen BGB. steht kein Wort davon, dass die Beweislast bei Bestreitung des Verfügungsrechts seitens des Schuldners beim Inhaberpapier diesem im Gegensatz zum Schuldner aus dem Legitimationspapier obliegen soll, der vom Inhaber weitere Legitimationsnachweise fordern kann.

In früherer Zeit hat dies allerdings ohne weiteres gegolten; so lange der Inhaber des Papiers einerseits ohne weiteres rechtmässiger Gläubiger war, den der Schuldner nach der Art des Erwerbs nicht fragen durfte, andererseits aber eine partikularrechtliche, mit dieser Stellung des Papiers schwer vereinbare Unterscheidung zwischen rechtmässigem und unrechtmässigem Erwerber bestand, durfte der Schuldner, der logischerweise nach der reinen Definition des Inhaberpapiers überhaupt keinen Einwand gegen den Präsentanten hatte, nicht bestreiten, sondern musste sofort beweisen, wenn er die Leistung verweigerte. Das war selbstverständlich und bedurfte damals keiner besonderen Gesetzesbestimmung. Diese früher von selbst sich ergebende Beweislast des Schuldners hat nun die Doktrin in das neue Recht hinübergenommen, ohne näher zu prüfen, ob sie sich denn auch mit dem veränderten Standpunkt, den das BGB. dem Inhaberpapier gegenüber einnimmt, verträgt.

So sagt z. B. Cosack[1]): „Will der Schuldner seine (d. h. des Inhabers) Befugnis nicht anerkennen, so muss er die Vermutung durch Gegenbeweis brechen“ und fügt in Anm. 3 als Begründung, die auch für das folgende Zitat gelten soll, hinzu: „BGB. § 793 [1], Satz 1“. Ferner sagt er bezüglich der Vermutung, die zugunsten des Inhabers bestehen soll[2]): „Denn es besteht die gesetzliche Vermutung dafür, dass der Inhaber des Papiers zur Einziehung der in dem Papier verbrieften Forderung befugt ist.“ Dies soll sich aus folgendem Satz ergeben[3]):

„Hat jemand eine Urkunde ausgestellt, in der er „dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht, . . .

---

[1]) Cosack, Lehrb.[8], Bd. II, S. 346.
[2]) a. a. O., S. 345.
[3]) § 793[1] BGB.

„so kann der Inhaber der Urkunde die Leistung „von ihm . . . verlangen, es sei denn, dass er zur „Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist" . . .

Natürlich besteht eine Vermutung, sonst könnte man dem Schuldner doch überhaupt nicht zumuten, etwas zu zahlen auf den blossen Besitz der Urkunde hin, aber es ist dies keine gesetzliche Vermutung zugunsten des Gläubigers, sondern eine **Fiktion zugunsten des Schuldners,** ganz dieselbe Fiktion, die auch beim Legitimationspapier zugunsten des Schuldners besteht, dass dieser nämlich jeden Inhaber des Papiers auch ohne weiteres als verfügungsberechtigt ansehen darf.

Nach den allgemeinen Auslegungsregeln des BGB. wäre allerdings an sich zuzugeben, dass die Beweislast den Schuldner trifft, falls er das Verfügungsrecht des Inhabers bestreitet.

So sagt z. B. Planck[1]): „Der gesetzlichen Regel wird mit den Worten: „es sei denn, dass" die Ausnahme hinzugefügt. Wer sich darauf beruft, dass die gesetzliche Regel nicht zur Anwendung kommt, hat zu beweisen, dass der in dem angeschlossenen Satz bezeichnete Ausnahmefall vorliegt."

Das ist vollkommen richtig, soweit eben mit dem angeschlossenen Nachsatze ein Ausnahmefall geregelt werden soll. Dies ist aber bei § 793 [1] gar nicht der Fall. Beckh[2]) sagt, Ausdrücke wie: „wenn nicht", „es sei denn, dass" etc. hätten einfach die Bedeutung: „x tritt ein, wenn a, b, c gegeben ist, es sei denn, dass d vorliegt". Ob aber wirklich überall im BGB. mit einem „es sei denn, dass" stets eine Einwendung d eingeleitet wird, ob nicht auch, und wenn es ein einziges Mal im ganzen Gesetze wäre, sich aus der sinngemässen Auslegung des betreffenden Paragraphen ergibt, dass hier durch den Nachsatz eine der oben erwähnten Voraussetzungen a, b, c festgestellt werden soll, das muss für jeden einzelnen Fall genau untersucht und nicht schema-

---

[1]) Planck, Komm.[2] z. BGB. I, Vorb. V[2], S. 45.

[2]) Beckh, Beweislast, S. 50.

tisch beurteilt werden. Mit Recht sagt Beckh[1]): „So einfach ist die Sache überhaupt nicht, als ob durch die in diesem Kapitel gegebenen Auslegungsregeln alle Zweifel über die Verteilung der Beweislast in jedem einzelnen Falle abgeschnitten würden; vielmehr wird trotz der von dem Gesetze auf die Fassung verwendeten Sorgfalt der Richter juristischer Urteilskraft nicht entraten können, um die Frage der Beweislastverteilung im einzelnen Falle zu entscheiden."

Wenn auch Jacobi[2]) den § 932 BGB. mit dem § 793 [1] in Parallele zieht, als Beispiel dafür, dass das BGB. vielfach wesentliche Tatbestandsmerkmale als Ausnahmebestimmungen behandele, um dadurch die Beweislast zu regeln, so lässt sich doch leicht nachweisen, dass beide Paragraphen in dieser Beziehung gar nicht mit einander zu vergleichen sind.

Schon aus äusseren Gründen ist die Wahl des § 932 nicht ganz glücklich; denn hier können über die Regelung der Beweislast keinerlei Zweifel walten. In dem Worte „guter Glaube" liegt ja schon, dass man an die Ehrlichkeit des Erwerbers bis zum Beweise des Gegenteils glauben soll. Wie soll man denn den „guten Glauben" beweisen? Doch höchstens durch Versicherungen, und denen muss man dann wieder glauben, wenn man sie nicht widerlegen kann. Deshalb ist hier von vornherein der Beweis der mala fides durch den Gegner die einzige Möglichkeit.

Doch davon abgesehen, liegen hier die Verhältnisse ganz anders wie bei § 793 [1]; in § 932 [1] wird dem Erwerber ein bereits vorhandenes Recht gegen Angriffe gesichert. Die veräusserte Sache wird zunächst ohne weiteres durch Einigung und Übergabe Eigentum des Erwerbers; kommt nun ein Dritter, der den Kauf angreift, so wird das Eigentum dem Käufer trotzdem erhalten, es sei denn, dass er nicht im guten Glauben kaufte. Also ganz klar: das Recht ist existent; aber es kann aufgehoben werden durch eine Einwendung

---

[1]) Beckh, a. a. O., S. 52.

[2]) Jacobi, Wertpapiere S. 32.

des anfechtenden Dritten, die dieser dann natürlich zu beweisen hat.

Anders dagegen bei § 793 [1], für dessen Beurteilung massgebend ist, dass in ihm, wie der Gesetzgeber ausdrücklich festgestellt hat[1]), eine Änderung des bisherigen Rechtes zum Ausdrucke kommen soll. Während noch im I. Entwurf gemäss der bisherigen Lehre der Inhaber originärer Gläubiger sein sollte und nur bezüglich des Papiererwerbs der Beweis der mala fides offen stand, erkennt die Kommission II. Lesung ausdrücklich an, „dass der prinzipielle Standpunkt des Entwurfs, welcher das Recht aus der Schuldverschreibung lediglich an die Tatsache der Inhabung des Papiers knüpft, aufgegeben und statt dessen davon ausgegangen werden müsse, dass die Gläubigerrechte grundsätzlich nur dem Eigentümer zuzugestehen sein" und wählte aus praktischen Erwägungen statt des Wortes „Gläubiger" den weiter umfassenden Ausdruck „Verfügungsberechtigter", da ja der „Verfügungsberechtigte" nur der Gläubiger selbst oder derjenige sein kann, der sein Recht von ihm ableitet.

Soweit sind die Äusserungen der Kommission zur Erläuterung des § 793 [1] zu verwerten, weil sie ihren gesetzlichen Niederschlag dort in dem Satze fanden: „es sei denn, dass er zur Verfügung über die „Urkunde nicht berechtigt ist".

Es ist also für die Geltendmachung des Gläubigerrechts durch den Präsentanten Voraussetzung:

1. der Besitz des Papiers,
2. die Verfügungsberechtigung über das Papier.

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so entsteht ein Recht auf Forderung der Leistung gar nicht. Gegen etwas, was gar nicht besteht, braucht aber der Gegner auch keine Einwendung zu machen.

Es wird also hier durch das Wort „es sei denn" keine Ausnahme von der Regel festgestellt, sondern die durch den veränderten Standpunkt der Kommission ent-

---

[1]) Protokolle II. Lesung, II. Buch, Bd. 4, S. 2635.

standene zweite Voraussetzung für das Forderungsrecht des Präsentanten hinzugefügt.

Die Voraussetzungen aber, auf denen ein Recht erst basiert, hat derjenige zu beweisen, der das Recht behauptet. Eine sinngemässe Untersuchung des Satzes zeigt mithin, dass, unbeschadet der Richtigkeit der Beweisregel für andere Fälle, dieselbe hier keine Anwendung finden kann, weil mit derselben Formel, die an anderen Stellen eine Ausnahme einleitet, hier nachträglich eine Voraussetzung des Rechtes festgestellt wird.

Auch aus F. Leonhards Untersuchungen[1]) ergibt sich m. E. für den vorliegenden Fall die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht über die Beweislastverteilung.

Will man nicht, wie es in vorliegender Arbeit geschieht, annehmen, dass der Schluss des ersten Satzes von § 793 [1] eine Voraussetzung enthält, dann muss man ihn für eine Einwendung ansehen.

Über den Begriff „Einwendung" äussert sich Leonhard[2]) wie folgt:

> „Einen einheitlichen Begriff der Einwendung „kann man nur so gewinnen, dass man hierzu alles „rechnet, was den Klageanspruch **nachträglich** tilgt. „Dazu gehört die eigentliche Aufhebung des Rechts „und die Einrede im engeren Sinne" . . . . „Überall „braucht der Antragsteller nur das Entstehen, nicht „das Fortbestehen seines Anspruchs zu beweisen. Die „Beweislast für den Untergang trifft den Gegner" . . . . . „Eine selbständige, vom Beklagten darzu- „legende Gegenwirkung ist nur dann gegeben, „wenn der Beklagte das klägerische Vor- „bringen zugibt und etwas Neues dazu be- „hauptet."

Es wird nun wohl auch den Vertretern der herrschenden Ansicht nicht einfallen, zu behaupten, dass an sich der Anspruch auf Zahlung jedem Inhaber rechtlich zusteht, also un-

---

[1]) F. Leonhard, Die Beweislast, S. 156 ff.
[2]) Leonhard a. a. O., S. 156, 158, 161.

bedingt vorhanden ist und erst nachträglich durch eine mit „es sei denn“ im § 739 [1] eingeleitete Einwendung des Gegners getilgt, dass das Recht des Gläubigers erst aufgehoben wird.

Mithin ergibt sich aus Leonhards Definition der Einwendung von selbst, dass es sich hier um keine „Einwendung“ handelt, sondern dass man in dem Nachsatz mit „es sei denn“ nur eine Voraussetzung sehen kann.

Darin macht mich auch Leonhards Bemerkung zu § 793 im speziellen Teil seines Werkes[1]) nicht irre, in der er auf Plancks Autorität hin ohne eigene Begründung die Berufung des Beklagten auf den Mangel des Verfügungsrechtes als wirkliche Einrede hinstellt. Leonhards eigene Untersuchungen sind allgemeiner Natur, und was er dort sagt, steht durchaus im Einklang mit der Ansicht des Verfassers. Die kurze Abhandlung aber, die er dann als Ergänzung den zahllosen Einzelfällen des BGB. widmet, stützt sich, nicht immer, aber vielfach — und so auch im § 793 — auf das, was als feststehendes Recht gilt, ohne dass er, begreiflicher Weise, in jedem Einzelfalle eingehend untersucht hätte, ob dieses Recht auch wirklich so fest steht.

Aus seiner äusserst klaren und eingehenden Allgemeinerörterung der Beweislast habe ich aber die sichere Überzeugung gewonnen, dass ihn eine spezielle Untersuchung der Beweislastverteilung des § 793 zu einer ganz anderen Formulierung seiner Bemerkung auf S. 400 geführt hätte.

Da also die Verfügungsberechtigung zweifellos eine Voraussetzung des Forderungsrechts und darum an sich vom Inhaber auf Verlangen des Schuldners zu beweisen wäre, bliebe als Grund für eine gegenteilige Beweislastverteilung nur übrig, eine durch die äussere Form dieser Voraussetzung angedeutete Rechtsvermutung anzunehmen.

Beweislastverteilung und Rechtsvermutung sind ja häufig nicht auseinanderzuhalten. Mit Recht behauptet Beckh[2]), dass „Rechtsvermutungen weiter nichts sind, als Beweislast-

---

[1]) a. a. O., S. 400.

[2]) Beckh, Beweislast, S. 47.

„vorschriften, und ihre Besonderheit nur darin beruht, dass sie „eine von der Regel abweichende Verteilung der Beweis- „last anordnen (was übrigens auch zuweilen bei Rechtssätzen „vorkommt, die sich nicht als Vermutungen bezeichnen)."

In der Tat scheint Jacobi[1]) hier eine solche nicht direkt so bezeichnete Rechtsvermutung („Ausnahmebestimmung . . ., wie die Beweislast normiert sein solle") anzunehmen, und auch Cosack[2]) spricht von einer „gesetzlichen Vermutung . . ., dass der Inhaber . . . zur Einziehung . . . befugt sei." Beide können sich darauf berufen, dass die Kommission II. Lesung der Ansicht war, dass der Inhalt der Legitimation des Inhabers in der Verfügungsmacht über die Urkunde bestehe.

Aber die Ansicht der Kommission wäre nur bindend, wenn sie ausdrücklich im Gesetz durch Anwendung des Wortes „Rechtsvermutung" sich zum Gesetzeswillen verdichtet hätte. Die Kommission stand hier, wie noch öfter bei Regelung dieses Rechtsinstitutes, unter dem Zwang der älteren Begriffe vom Inhaberpapiere, und hat sich infolgedessen nicht klar gemacht, dass durch ihre Ansicht über die Legitimierung des Inhabers als Verfügungsberechtigten schon durch die blosse Inhaberschaft der neue Standpunkt, den sie gegenüber dem Inhaberpapiere einnehmen wollte, sehr erschüttert wird.

Da nun aber dieser neue Standpunkt im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, so müssen blosse Ansichten des Gesetzgebers, die sich damit nicht vertragen, unberücksichtigt bleiben, soweit sie nicht ebenfalls durch ihre Aufnahme ins Gesetz zur Ausgleichung der Differenz durch Auslegung zwingen.

Zu einer solchen Berücksichtigung wäre man also nur genötigt, wenn die Kommission ihre Ansicht ausdrücklich als „Rechtsvermutung" im Gesetzestexte bezeichnet hätte. Dies ist nicht geschehen; im Gegenteil stellen sich einer Rücksichtnahme auf diese „Ansicht" noch andere schwere Bedenken entgegen.

So z. B. lässt die Anknüpfung des nächsten Satzes in

---

[1]) Jacobi, Wertpapiere, S. 32.

[2]) Cosack, Lehrb.[3], II, S. 345.

§ 793 [1] mit „jedoch“ nur die einzige Auslegung zu: „Zwar kann der Schuldner vom Inhaber den Beweis seiner Verfügungsbefugnis verlangen, jedoch wird er auch von der Schuld befreit, wenn er leistet, ohne diesen Nachweis zu fordern“. Ebenso kann man nicht zugleich die „Ansicht“ und den „neuen Standpunkt“ der Kommission mit den Vorschriften der CPO. über Urkundenprozess in Einklang bringen: Wenn in einem eventuellen Urkundenprozess gegen den Schuldner der Inhaber „sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen“ durch Vorlegung seines Inhaberpapiers gemäss § 592 CPO. bewiesen zu haben glaubt, so entspricht dies dem früheren Recht der Inhaberpapiere und zugleich der „Ansicht“ der Kommission; da dieselbe Kommission aber zugleich einen „neuen Standpunkt“ eingenommen und zur Geltung gebracht hat, nach welchem der blosse Besitz eines Inhaberpapiers nicht das Forderungsrecht gewährt, so hat der Inhaber durch Vorlegung seiner Urkunde nach heute gültigem Recht eben nicht den Anforderungen des § 592 CPO. entsprochen und ist im Urkundenprozess abzuweisen.

Es ist also nicht angängig, aus einer blossen Ansicht des Gesetzgebers eine Rechtsvermutung in diesem Falle herzuleiten, die mit den positiven Vorschriften des Gesetzes sich in Widerspruch setzen würde.

Daher kann ich auch Hedemanns Ansicht nicht beipflichten, der jederzeit aus dem Wortlaut die Absicht des Gesetzgebers über die Beweislastverteilung erkennen will. Hedemann[1]) ist der Ansicht, die „durch die Fassung der materiell-rechtlichen Sätze, durch die Hilfsmittel der Antithese, des einschränkenden Nebensatzes, der verschiedenen Stellung der Negation im Konditionalsatze“ zum Ausdruck gebrachte allgemeine Beweislastregel könne unter Umständen anstelle der Vermutung, die doch an sich schon eine Ausnahme ist und das Gegenteil der allgemeinen Beweislastregel bestimmt (S. 256, Abs. 1), entgegen ihrem sonstigen

---

[1]) Hedemann, die Vermutung, S. 133 u. S. 256.

Charakter als Regel ausnahmsweise auch als Ausnahme wirken (S. 256, Abs. 2).

Damit lässt sich natürlich jede streng formale Auslegung verteidigen. Aber das Ganze erscheint doch gar zu gewaltsam und künstlich konstruiert, um mir die Ansicht zu rauben, die Beweisregel sei aus der Form des Satzes nur da zu entnehmen, wo der Sinn der Worte damit nicht in Widerspruch steht; anderenfalls sei das Festhalten des Gesetzgebers an der nach der äusseren Form des Satzes regelmässigen Beweislastverteilung als Ausnahme anzusehen, die nur da entgegen dem Sinne des Textes platzgreift, wo sie als Ausnahme ausdrücklich durch Aufstellung einer „Vermutung" festgesetzt wird.

Deshalb glaube ich auch, dass den in den Protokollen noch mehrfach geäusserten „Ansichten" der Kommission für die Auslegung des § 793 [1] keine Geltung zuzubilligen sei.

Bieten derartige Äusserungen eine Ergänzung des Gesetzes zu seiner sinngemässen Auslegung, so mögen sie unter Umständen wertvolles Interpretationsmaterial sein; wenn ihre Berücksichtigung aber in eine nach bestimmten Gesichtspunkten geordnete Materie Ausnahmebestimmungen bringen würde, die mit dem vorher eingenommenen Standpunkt gar nicht in Einklang zu bringen sind, so kann, m. E., Doktrin und Rechtsprechung sie nur berücksichtigen, wenn sie durch Festlegung derselben im Gesetzestext — im vorliegenden Fall also durch direkte Festsetzung einer „Rechtsvermutung" — dazu gezwungen werden.

Da dies nicht geschehen ist, glaubt Verfasser durchaus de lege lata zu sprechen, wenn er behauptet:

> Da im Gesetze nichts davon steht und es bei richtiger Interpretation sich als unmöglich ergibt, dass bei dem veränderten Standpunkte des BGB. gegenüber dem Inhaberpapier der Inhaber durch die Inhaberschaft schon als legitimiert zur Verfügung über das Papier gelten soll, besteht nach geltendem Rechte keine Verschiedenheit in der Beweislastverteilung zwischen Legitimations- und Inhaberpapier, falls die Verfügungsberechtigung des Inhabers vom Schuldner be-

stritten wird. Vielmehr ist bei beiden Papieren nach dem vom Gesetzgeber eingenommenen Standpunkte die Verfügungsberechtigung eine Voraussetzung des Rechts auf Forderung der Leistung und daher auf Verlangen des Schuldners bei beiden Papieren vom Inhaber zu beweisen.

Dass der Sinn des Gesetzestextes von § 793 [1] schon durch die Art der Verbindung zwischen dem ersten und zweiten Satze nur die oben angegebene Auslegung zulässt, ergibt sich klar, wenn man den Schluss des Abs. 1 Satz 1 von § 793 in nachstehender Form wiedergibt: „Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen, wenn er nicht die Verfügungsberechtigung hat" und hieran den zweiten Satz schliesst, welcher also lautet: „Der **Aussteller** wird **jedoch** auch durch die Leistung an einen **nicht** zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit". Dieser Satz wäre — ganz abgesehen von der Bedeutung des Wortes „jedoch" — mindestens sehr überflüssig, wenn der Schuldner auf eine Rechtsvermutung zugunsten des Schuldners hin, die in dem Besitz des Papiers läge, unbedingt zahlen müsste, soweit er nicht seine Verweigerung der Leistung begründen könnte. Oder, wenn er, wie natürlich anzunehmen ist, nichts Überflüssiges enthalten soll, könnte der letzte Satz nur den Sinn haben: „Der Aussteller darf auch dann, wenn er beweisen kann, dass der Präsentant die Sache gestohlen etc. hat, ihm die Schuld bezahlen."

Damit würde er sich aber, wenn er im Vertrauen auf seine aus § 793 [1] hergeleitete Berechtigung trotz seiner Kenntnis der Nichtberechtigung des Präsentanten zahlt, einer Anklage aus § 257 StGB. wegen Begünstigung aussetzen. Es wäre dann also im Zivilrecht eine Handlung gestattet, die trotzdem strafrechtlich zu verfolgen wäre, und es ergäben sich hieraus ganz unmögliche Konsequenzen.

So könnte z. B. der zahlende Schuldner aus § 257 oder § 263 StGB. bestraft werden; weil aber seine Handlungsweise zivilrechtlich erlaubt wäre, könnte er auch zivilrechtlich nicht aus einer unerlaubten Handlung haftbar gemacht werden.

Dies ist aber ausgeschlossen und wird auch für den

vorliegenden Spezialfall vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt. Denn die Denkschrift[1]) sagt ausdrücklich:

„Wenn in der Schuldverschreibung auf den Inhaber „der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung „verspricht, so geschieht dies doch nicht in dem „Sinne, dass das Gläubigerrecht einfach dem Inhaber, „d. h. . . . . dem Besitzer der Urkunde zustehen soll. „Eine solche Gestaltung würde dahin führen, „dass . . . im Widerspruch mit dem allgemeinen „Rechtsbewusstsein selbst der Dieb ein Gläu„bigerrecht erlangen würde."

Aus diesen Erwägungen der Denkschrift geht hervor, dass auch das Recht des Schuldners, den Gläubiger aufgrund des Papierbesitzes als verfügungsberechtigt anzusehen, eine Grenze hat, und es steht m. E. in Widerspruch nicht nur mit der oben zitierten Äusserung, sondern auch mit § 823 BGB., wenn die Denkschrift weiterhin[2]) eine Pflicht des Schuldners zur Geltendmachung von Einreden aus dem mangelnden Rechte des Inhabers leugnet.

Demgemäss erklärt auch Dernburg geradezu, es verstosse gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.), wenn der Schuldner trotz Kenntnis des mangelnden Rechts des Inhabers diesem dennoch leiste, und Cosack[3]) nimmt ebenfalls eine Haftung des Schuldners an, für den Fall, „dass er geradezu arglistig handelt."

Aus dem eben Gesagten ergibt sich m. E., dass eine solche Kollision zwischen Zivil- und Strafrecht hier gar nicht vorliegt.

Käme sie allerdings vor, so müsste eine der sich widerstreitenden Bestimmungen, die zivil- oder strafrechtliche, aufgehoben werden.

Eine zivilrechtliche Bestimmung, die mit dem Strafgesetz in Konflikt geraten könnte, besteht aber gar nicht; was zur Kollision mit dem Strafgesetz führen könnte, ist nur

---

[1]) Denkschrift zum BGB., S. 143 f.

[2]) a. a. O., S. 143.

[3]) Cosack, Lehrb.[3], II. Bd., S. 346.

die auf Äusserungen im Schosse der II. Kommission gestützte **Ansicht der Doktrin,** dass der Inhaber durch den Besitz berechtigt zur Verfügung erscheine. Hieraus könnte dann der folgende Satz nur so erklärt werden, dass der Schuldner unbedingt berechtigt ist, jedem, auch dem nachweislich unredlichen Erwerber des Papiers zu leisten, und schon, dass dies zu einer so ganz unnötigen Gesetzeskollision führen würde, spricht für die Haltlosigkeit der Folgerung wie ihrer Voraussetzung.

Dazu tritt dann noch die durchaus eindeutige Überleitung zum nächsten Satze durch das Wort „jedoch". Es ergibt sich hier nur ein möglicher Zusammenhang zwischen den Gedanken beider Sätze: „Zwar erweist der Besitz des Papiers an sich noch nicht die Verfügungsberechtigung, deren besonderen Nachweis der Schuldner fordern kann; jedoch darf er — soweit ihm das Gegenteil nicht bekannt ist — annehmen, dass der Präsentant, auch wenn er tatsächlich nicht verfügungsberechtigt ist, durch den Papierbesitz genügend legitimiert sei und wird daher durch die Zahlung auch an den blossen Papierbesitzer befreit."

Dies ist heut nur noch eine Fiktion zugunsten des Schuldners, um aus Verkehrsrücksichten den Handel mit Inhaberpapieren möglichst zu erleichtern, während früher der Inhaber dem Schuldner als originärer Gläubiger nicht bloss gelten konnte oder selbst gelten musste, sondern es für ihn wirklich unbedingt **war.**

II. Auch aus den Beweisregeln der CPO., sowohl für den Urkundenprozess, wie für die gewöhnliche Leistungsklage, geht m. E. die Unmöglichkeit hervor, dem Schuldner, wenn er das Verfügungsrecht aus dem Papierbesitz nicht für begründet hält, den Beweis hierfür aufzuerlegen.

Die Protokolle[1]) II. Lesung enthalten die Bemerkung:

„Der Inhaber werde regelmässig in der Lage sein, „im Urkundenprozess ein vorläufig vollstreckbares Urteil „auf Zahlung des Betrages zu erlangen."

---

[1]) Protokolle, S. 2657.

Dies galt für früheres Recht in der Tat; denn indem der Gläubiger dem Gericht als Kläger seine Urkunde vorlegte, hatte er damit zugleich bewiesen, dass er der einzige wahre und originäre Gläubiger sei. Wie er die Urkunde erlangt habe, ging bei diesem Urkundenprozess weder den Schuldner noch das Gericht etwas an. Somit war mit der einfachen Vorlegung alles bewiesen, und der Schuldner, der Zahlung verweigerte, konnte dies nur in der Hoffnung tun, dass inzwischen der Eigentümer des Papiers dieses, also die Sache, nicht aber die Forderung, weil diese am Besitz des Papiers hing, auf Benachrichtigung vinizieren werde.

Nach heutigem Rechte ist aber mit der Vorlegung des Papiers im Urkundenprozess noch gar nichts bewiesen.

Der § 592 CPO. bestimmt:

„Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer be-
„stimmten Geldsumme . . . zum Gegenstand hat, kann
„im Urkundenprozess geltend gemacht werden,
„wenn die sämtlichen, zur Begründug des An-
„spruchs erforderlichen Tatsachen durch Ur-
„kunden bewiesen werden können."

Legt also der Inhaber einfach sein Inhaberpapier vor und will alles weitere dem Gericht und dem Schuldner überlassen, so erfüllt er nicht die Bedingung des § 592 CPO., ohne deren Ausführung es nicht zum Urkundenprozess kommen kann; denn:

„ist . . . ein dem Kläger obliegender Beweis nicht
„mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweis-
„mitteln angetreten oder mit solchen Beweis-
„mitteln nicht vollständig geführt, so wird die
„Klage als in der gewählten Prozessart unstatthaft ab-
„gewiesen."[1])

Nun ergibt sich aber, wie oben ausgeführt, aus § 793[1] BGB. klar, dass für das Forderungsrecht des Inhabers das Verfügungsrecht über das Papier Voraussetzung ist.

---

[1]) CPO., § 597.

Das blosse Vorzeigen des Papiers genügt also nicht zur vollständigen Führung des in § 592 CPO. verlangten Urkundenbeweises; denn mit der Deponierung des Papiers an Gerichtsstelle wird lediglich dessen Besitz, nicht aber das Verfügungsrecht über dasselbe bewiesen. Daher muss dieses im Bestreitungsfalle von dem, der es für sich in Anspruch nimmt bewiesen werden.

Dies verkannte auch die Kommission durchaus nicht; jedoch war sie der Ansicht[1])

„anlangend den Inhalt der Legitimation des Inhabers,
„. . . . dass dieselbe in der Verfügungsmacht über die
„Urkunde bestehe. Der Inhaber der Schuldver-
„schreibung gelte als ermächtigt, über das Eigen-
„tum der Urkunde zu verfügen und die mit dem
„Eigentum verbundenen Rechte auszuüben."

Diese Ansicht, dass der Inhaber des Papiers dem Schuldner gegenüber durch dasselbe als verfügungsberechtigt bis zum Beweis des Gegenteils gelte, entsprach z. Z. des früheren Inhaberpapiers, während die Mehrzahl der Theoretiker den Inhaber als unbedingten Gläubiger des Schuldners ansah, ungefähr den Anschauungen einer minder strengen Richtung, z. B. Gönners[2]), passt aber zu dem heutigen Inhaberpapier mit seiner von der Kommission mehrfach betonten veränderten Rechtsnatur durchaus nicht mehr.

Wieso die Kommission hier in die Verfügungsberechtigung plötzlich die Präsumption des Eigentums bringt, ist völlig rätselhaft, umsomehr, als die Protokolle wenige Zeilen später[3]) bemerken, „ob sein (des Inhabers) Verfügungsrecht auf dem Eigentum oder einem anderen Rechtsgrunde beruhe, komme dabei nicht inbetracht."

Vom Eigentum, vom wirklichen Gläubiger ist beim heutigen Inhaberpapier, soweit die Geltendmachung der Forderung inbetracht kommt, gar nicht mehr die Rede. Das heutige Inhaperpapier berechtigt, wie jedes andere Legitimations-

---

[1]) Protokolle der II. Lesung des BGB., S. 2640.
[2]) Unger, Inhaberpapiere, S. 23.
[3]) Protokolle, S. 2640.

papier, nur zur Empfangnahme durch seine blosse Innehabung, nicht aber zur Forderung der Leistung, und selbst zur Empfangnahme berechtigt es nur, wenn der Schuldner sich mit der Innehabung als Legitimation begnügt.

Das war von jeher geltendes Recht für die Legitimationspapiere, und dass die bisherige Doktrin und die II. Kommission zur Beratung des BGB. sogar, die das Inhaberpapier seiner früheren Sondereigenschaften entkleidet hat, es immer noch für etwas Besonderes hielten, ändert nichts an der Tatsache, dass es heut dieselbe Stellung hat, wie jedes andere Legitimationspapier. Zur Begründung eines Anspruchs auf Zahlung genügt sein Besitz also nicht, sondern es muss das Recht zur Verfügung, wenn es der Schuldner nicht infolge der Innehabung als vorhanden ansehen will, bewiesen werden. Da es aber zum Urkundenprozess nur dann kommt, wenn Schuldner die Papierlegitimation nicht anerkennt, so musste der Kläger ausser der Vorweisung der Urkunde noch den Nachweis des Verfügungsrechtes erbringen; will er das nicht, so fehlen die Voraussetzungen des Urkundenprozesses und Kläger ist damit abzuweisen.

Oder aber er fügt sich der Vorschrift des § 592 CPO. und erbringt sämtliche nötigen Beweise durch Urkunden, indem er z. B. nachweist, dass er s. Z. direkt beim Emissionshaus Bleichröder das in Frage stehende Papier gekauft hat, worüber er eine Bescheinigung des Emissionshauses vorweist; indem er so aber den Ansprüchen des § 592 CPO. genügt, hat

er, nicht der beklagte Schuldner, die Beweislast gehabt.

Ist der Inhaber dagegen halsstarrig und fordert sein Recht aufgrund des vorgezeigten Papiers, so wird er im Ur-Urkundenprozess abgewiesen, weil mit dem Papier allein nicht der vollständige Beweis geführt ist; dann wird er auf den Weg der gewöhnlichen Leistungsklage verwiesen und ist hier erst recht selbst beweispflichtig; denn hier gilt die allgemeine Regel:

Die Beweislast folgt der Behauptungslast.

Behauptet hat aber hier nur der Inhaber etwas; der Schuldner beschränkt sich darauf, den Nachweis beider

Voraussetzungen des Forderungsrechts zu verlangen. Er behauptet nichts und bestreitet auch im Grunde nichts, sondern er bezweifelt nur die blosse Behauptung des Gegners und fordert daher den vollen Beweis für dessen Recht, die Leistung zu fordern, und dieser ist eben mit der blossen Papierlegitimation nicht erbracht. Es muss also der Kläger für seine Behauptung auch die Beweislast übernehmen.

Die Behauptung der Kommission[1]), „der Inhaber . . . gelte als ermächtigt, über das Eigentum der Urkunde zu verfügen" gilt also selbst dem Schuldner gegenüber nur mit dem einschränkenden Zusatz: „solange dieser die Legitimation aus dem blossen Papier respektiert." Jedem Dritten gegenüber ist sie direkt falsch. Der Dieb, der das Papier an einen redlichen Erwerber verkauft, gilt durch die heutige Rechtsstellung des Inhaberpapiers diesem Dritten gegenüber hierzu absolut nicht als ermächtigt, wie sich am besten **im Strafrecht** zeigt.

III. Gelingt es ihm nämlich, den Schuldner zur Zahlung zu bewegen, so hat er nur von seiner beschränkten und bedingten Legitimation Gebrauch gemacht; diese hängt an dem gestohlenen etc. Papiere und ihr Gebrauch ist nur Betätigung seiner Zueignungsabsicht an dem gestohlenen Papier. Daher liegt kein Betrug, sondern nur Diebstahl des Papiers vor; die an sich betrügerische Handlung ist der Gebrauch der Legitimation, aber diese ist nur Konsequenz des Zueignungswillens. Gegenüber dem Schuldner ist die Vorlegung aber überhaupt kein Betrug: der Schuldner wird weder geschädigt, noch wird ihm tatsächlich etwas vorgespiegelt; denn dass er die Papierlegitimation anerkennt, ist sein freier Wille, nötig hat er es nicht. Auch die Schädigung, die der bestohlene Eigentümer des Papiers durch die Auszahlung erleidet, qualifiziert die Präsentation nicht als selbständigen Betrug; denn die Präsentation liegt innerhalb der Zueignungsabsicht, wird also vom Diebstahl konsumiert.

Verkauft der unredliche Erwerber dagegen das Papier an einen redlichen Dritten, so liegt nicht nur

---

[1]) Vgl. oben S. 51 dieser Arbeit.

Diebstahl etc. gegenüber dem Eigentümer, sondern auch Betrug gegenüber dem Dritten vor. Denn mit dem Moment des Diebstahls hat sich nach heutigem Rechte das Forderungsrecht vom Papier getrennt und bleibt beim früheren Inhaber zurück. Der Dieb verkauft also dem redlichen Dritten ein in seinen, des Diebes Händen, wertloses Stück Papier als Schuldurkunde, die jener angeblich jederzeit als Beweis seines Forderungsrechts anführen kann. Durch ein besonderes gesetzliches Privileg kann nun allerdings der Dritte in den meisten Fällen sein bona fide erworbenes Recht geltend machen, trotzdem das Papier in den Händen des Diebes — abgesehen von seinem zweifelhaften Wert als Legitimation gegenüber dem Schuldner — wertlos ist. In diesem Falle ist dann aber der eigentliche Eigentümer des Papiers betrogen; bis dahin war ihm nur das Papier gestohlen; seine Forderung aber, also die Hauptsache, konnte er im Aufgebotsverfahren retten, so lange der Dieb nicht durch sofortige Präsentation die Leistung des Schuldners erlangte, und auch in diesem Falle hat der Dieb zwar die Leistung nicht durch einen neuen Betrug erhalten, aber er ist immerhin regresspflichtig, soweit noch etwas da ist. Hat aber der redliche Erwerber präsentiert, so ist die ihm ausgezahlte Forderung auch sein redlich erworbenes Eigentum Dank dem Privileg des § 935[2] BGB.; ja selbst wenn der redliche Erwerber noch nicht die Forderung geltend gemacht hat und es zum Aufgebotsverfahren kommt, braucht er sich nur zu melden und auf seine bona fides beim Kauf hinweisen, um sein Eigentum trotz des unredlichen Verkäufers geschützt zu sehen. Der Dieb hat also mit der Vorspiegelung der falschen Tatsache, dass er über das Papier verfügungsberechtigt sei, den Dritten getäuscht, und da nun dieser Dank seiner bona fides kraft gesetzlichen Privilegs wirklich Eigentümer des Papiers und Verfügungsberechtigter wird, ist durch diese Täuschung des Dritten der Bestohlene etc. betrogen worden, wodurch sich der Dieb etc. einen Vermögensvorteil verschaffte. Hier liegt ein selbständiger Betrug, eine neue Handlung vor, die nicht durch die Zueignungsabsicht gedeckt wird und sich in deren Grenzen bewegt.

Oder der Bestohlene hat schon nach Erledigung des

Aufgebotsverfahrens ein neues Papier erhalten, als der Dieb dem redlichen Dritten sein gestohlenes Papier, das jetzt für diesen auch durch das Privileg von § 935[2] keinen Wert mehr erlangen kann, verkauft. Dann ist der redliche Dritte der Betrogene; denn der Dieb hat ihm die Verfügungsberechtigung über ein Papier durch den Verkauf übertragen, an dem es überhaupt keine Verfügungsberechtigung mehr gibt.

Einer ist also, trotz § 935[2], immer der Betrogene; dieses neue Delikt wäre aber kein neues Delikt, wenn der unredliche Erwerber als Inhaber unbedingt als ermächtigt gälte, „über das Eigentum der Urkunde zu verfügen und die mit dem Eigentum verbundenen Rechte auszuüben[1])." Denn dann wäre auch diese Art Verfügung über das Eigentum der Urkunde, grade wie die Präsentation beim Schuldner, nur ein Ausfluss seiner Zueignungsabsicht und müsste, nachdem der Diebstahl am Papier abgeurteilt ist, straffrei bleiben.

Es ergibt sich hieraus, dass in keinem Falle, entgegen der Ansicht der Kommission, der Inhaber der Schuldverschreibung ohne weiteres durch den Besitz als ermächtigt gilt, über das Eigentum der Urkunde zu verfügen, dass vielmehr nur in einem einzigen Falle, nämlich gegenüber dem Schuldner, er zwar nicht als ermächtigt gilt, sondern dieser ihn ohne Nachteil für sich als ermächtigt gelten lassen kann, wenn es ihm beliebt. Das ist aber ein grosser Unterschied!

Demnach ist auch der Unterschied der strafrechtlichen Stellung des unredlichen Erwerbers zum redlichen Dritten und zum Schuldner, entgegen den Äusserungen der Kommission, ein Beweis, dass bezüglich der Beweislastverteilung dem Inhaber des Inhaberpapiers keine bevorzugte Stellung zusteht, dass vielmehr die Legitimation des Inhabers zur Verfügung durch das blosse Papier eine stillschweigende Behauptung ist, an die der Schuldner glauben kann oder auch nicht; und im letzteren Fall trifft den Inhaber die Beweislast.

---

[1]) Protokolle, S. 2640.

IV. **Auch aus dem Handelsrecht,** § 367 HGB., ergibt sich, dass der blosse Inhaber nicht ermächtigt gilt, beliebig „über das Eigentum der Urkunde zu verfügen", dass also m. a. W. nicht die Inhaberschaft des Papiers als Rechtsvermutung zugunsten des Verfügungsrechts anzusehen ist, der der Schuldner nur mit beweispflichtigen Einwänden entgegentreten kann.

Der § 367 HGB. ist die Ausnahme von der für Inhaberpapiere geltenden Regel § 935 [2] BGB., und sie wäre gar nicht zu begründen, wenn der Besitz des Papiers bis zum Gegenbeweis als verfügungsberechtigt legitimierte.

Wäre eine solche Legitimation vorhanden, so müsste sie für jeden giltig sein; wie der Schuldner durch die Fiktion, dass er — Arglist vorbehalten — immer vom Verfügungsberechtigten das Papier einlöst, befreit wird, müsste auch jeder andere, der redlich erwirbt, infolge der im Besitz liegenden Legitimation zur Verfügung Eigentümer des Papiers werden, ohne Rücksicht auf den Erwerb des Vorgängers.

Dies ist aber nicht der Fall: Vielmehr wird im BGB. als allgemeine Regel für den Kauf von Sachen in § 935 [1] festgestellt, dass an ihnen Eigentum nicht zu erwerben möglich ist, wenn sie vom Verkäufer gestohlen sind; als Ausnahme wird dann aus Verkehrsgründen den Inhaberpapieren im Gegensatz zu anderen Sachen ein Privileg gegeben: Der redliche Erwerb des Verkäufers ist für den Käufer zur Eigentumsbegründung nicht nötig.

Wäre allgemein mit der Innehabung gemäss einer sich aus § 793 [1] ergebenden Rechtsvermutung die Legitimation zur Verfügung als erwiesen anzusehen, so wäre die Ausnahme § 935 [2] ebenso unnötig, wie der letzte Satz in § 793 [1] BGB., denn es brauchte weder der Schuldner die in ihm liegende Fiktion zu seinen gunsten, noch der gutgläubige Dritte das Privileg aus § 935 [2]; beide würden aus eigenem Recht kraft der angeblich in § 793 [1] liegenden Rechtsvermutung, dass der Inhaber als verfügungsberechtigt gelte (vgl. oben S. 51), unanfechtbares Eigentum an der erworbenen Forderung haben.

Denn die Rechtsvermutung, nach der irgend etwas „gelten" soll, wenn nicht gewisse Umstände dies verhindern, wird zur Fiction, sobald diese Umstände nicht eintreten.

So auch hier; wenn das Gesetz gestattet, den Inhaber als verfügungsberechtigt anzusehen, ausser wenn man das Gegenteil beweisen kann, so ist mit dem Übergange vom unredlichen auf den redlichen Inhaber, auf den gutgläubigen Dritten, diese Einschränkung fortgefallen: aus der Rechtsvermutung ist für den gutgläubigen Erwerber die Fiction geworden, dass er unbedingt rechtmässiger Eigentümer des Papiers geworden ist. Denn dasselbe Gesetz, das dem Inhaber eines Papiers eine Stellung zuweist, auf die er sich Dritten gegenüber stützen kann, muss natürlich diesen Dritten, der sich auf die vom Gesetz selbst eingeräumte Vermutung beruft, weil er sie nicht entkräften kann, auch in den Fällen schützen, wo sie sich später als hinfällig erweisen kann. Deshalb wird aus der Rechtsvermutung die Fiction, dass das jetzt in Händen eines redlichen Erwerbers befindliche Papier auch rechtmässig erworbenes Eigentum sei[1]). Wenn also mit der Innehabung die Annahme verbunden ist, dass der Inhaber verfügungsberechtigt sei, so heisst das nichts anderes, als: jeder, der mit dem Inhaber **guten Glaubens** in Verkehr tritt, erwirbt infolge der Rechtsvermutung die Rechte, die er zu erwerben wünscht und glaubt.

Davon ist aber keine Rede: § 935 [2] charakterisiert sich scharf und klar als Ausnahme von der für Sachen allgemein geltenden Regel; sie schützt zwar den redlichen Erwerber ebenso wie den Schuldner, aber es ist dies ein besonderes Privileg, das zwar auch seinen Grund in Verkehrsrücksichten hat, aber nicht in einer Legitimierung des Inhabers durch das Papier zur Verfügung, sondern in der Rücksicht auf Treu und Glauben, die bei einem so wichtigen Verkehrsinstitute, wie das Inhaberpapier besonderen Schutzes bedürfen, um es lebensfähig zu machen, und daher wird, wie beim Schuldner, eine

---

[1]) Vgl. Hedemann, Vermutung, S. 240 ff.

Fiktion, so hier ein Privileg für den redlichen Dritten eingeführt.

Dass aber dieses Privileg — wie die Fiktion zugunsten des Schuldners — nur auf Verkehrsrücksichten beruht und nicht etwa infolge einer zugunsten des Inhabers sprechenden Rechtsvermutung, die sich aus § 793 [1] ergäbe, geschaffen ist, zeigt uns § 367 HGB.; dieser kehrt zur allgemeinen Regel über den Eigentumserwerb an Sachen zurück: dem Privatmann kann man nicht zumuten, dass er in öffentlichen Blättern, vielleicht gar besonderen Amtsorganen, die Bekanntmachungen gestohlener etc. Papiere verfolge; weil man ihn aber nicht vom Kaufe solcher Papiere abschrecken, sondern die Inhaberpapiere lebensfähig erhalten will, schützt man seinen redlichen Erwerb, obwohl der Besitz eines Inhaberpapiers an sich nicht mehr für seinen Inhaber und Verkäufer beweist, als der Besitz einer beliebigen anderen Sache.

Aber die Verkehrsrücksicht soll nicht weiter gehen, das Privileg soll das Gesetz nicht öfter durchbrechen, als unbedingt nötig ist. Für Arglist, aber auch für wirkliche Fahrlässigkeit gibt es keinen Gesetzesschutz. Deshalb sollen alle, deren Gewerbe mehr oder weniger im Handel mit Wertpapieren besteht, verpflichtet sein, die Schutzmassregeln des Staates zugunsten der Eigentümer gestohlener etc. Papiere zu beachten. Deshalb wird ihnen zugemutet, alle diesbezüglichen Bekanntmachungen zu verfolgen; tun sie dies nicht und erwerben fahrlässig Inhaberpapiere, deren unredlicher Erwerb durch den Verkäufer ihnen eigentlich bekannt sein müsste, so hört das Privileg auf, das Inhaberpapier ist wieder wie jede andere Sache zu behandeln, d. h. § 367 HGB. bestimmt für diesen Fall dasselbe wie § 935 [1] BGB.

Daher ergibt § 367 HGB., dass der redliche dritte Erwerber aus ganz anderen Gründen geschützt wird, als der Schuldner, der vom Nichtberechtigten erwirbt, wiewohl in beiden Fällen Verkehrsrücksichten massgebend sind. Diese Verschiedenheit der Gründe wäre aber unmöglich, wenn Treu und Glauben deshalb berücksichtigt würden, weil die Inhaberschaft des Inhaberpapiers eine Legitimation

zur Verfügungsberechtigung wäre, die nur durch Gegenbeweis zu durchbrechen ist[1]).

Seit Inkrafttreten des BGB. hat sich — abgesehen von der zusammenfassenden Darstellung Gierkes im II. Bd. seines Deutschen Privatrechts — m. W. nur Jacobi eingehender mit der Rechtsstellung des Inhaberpapiers beschäftigt.

Nun stellt sich Jacobi[2]) bezüglich alles dessen, was in vorliegender Arbeit über Legitimation durch das Papier und Beweislastverteilung bei Bestreitung der Legitimation gesagt wird, durchaus auf den Standpunkt der herrschenden Meinung, nach der sich ja durch Einführung des BGB. in dieser Materie wenig geändert hat. Vielleicht kommt es daher, dass er seine Ausführungen m. E. wenig eingehend begründet und vielfach als feststehende Rechtssätze hinstellt.

So schreibt er z. B. in seinem Buche: „Die Wertpapiere", S. 34: „Berechtigt ist der Eigentümer, legitimiert als Berechtigter ist der Besitzer."

Ferner S. 37: „der Umstand, dass das Papier wie eine Sache aufgefasst wird, bewirkt, dass der Besitzer des Papiers auch Dritten gegenüber als Eigentümer legitimiert ist."

Über die letztere Behauptung ist schon oben eingehend gesprochen; Jacobi dürfte damit ganz allein stehen; denn dass es sich bei der Legitimierung überhaupt nicht um die Frage

---

[1]) Bezüglich unseres „Papiergeldes" gelten andere Grundsätze, die von dem bisher Gesagten nicht berührt werden:

a) Die **Kassenscheine** enthalten überhaupt kein Zahlungsversprechen, fallen also nicht unter § 793[1]; ihre Annahme bei einer der zur Annahme jederzeit verpflichteten Kassen ist also nicht Einlösung einer Schuld, sondern Umwechslung eines künstlichen Zahlungsmittels gegen ein natürliches.

b) Die **Banknoten** ersparen die Frage nach dem Verfügungsrecht ihrer Inhaber durch den ihnen aufgedruckten Text von selbst. Denn indem die Urkunde den Vermerk enthält: „ . . . zahlt die . . . kasse ohne Legitimationsprüfung dem Einlieferer dieser Banknote", wird durch Entziehung der Möglichkeit, ein Verfügungsrecht zu bestreiten, jeden Zweifel über Beweislastverteilung der Boden entzogen.

[2]) Jacobi, Wertpapiere.

des Eigentums handelt, wird wohl auch von der herrschenden Meinung nicht bezweifelt, zumal es der Gesetzgeber unzweideutig festgestellt hat.[1])

„Legitimiert als Berechtigter" ist der Inhaber gleichfalls nur bedingungsweise gegenüber dem Schuldner, wenn dieser nämlich die Legitimation anerkennt; Dritten gegenüber ist der Inhaber aus dem Papierbesitz allein überhaupt nicht legitimiert.

Der letzte Satz von § 793[1] schafft eine **Fiktion** zugunsten des Schuldners, **nicht** eine Rechtsvermutung zugunsten des Inhabers, und ebenso schafft § 935[2] lediglich eine Fiktion zugunsten des redlichen Erwerbers, dass nämlich ausnahmsweise sein Kauf als richtiger Eigentumserwerb **angesehen** werde, obwohl er es eigentlich gemäss § 935[1] nicht ist.

Ferner behauptet Jacobi[2]): „Der Kläger braucht lediglich

---

[1]) Protokolle II. Lesung, S. 2635: „ . . . Daraus folge aber noch nicht, dass jeder Inhaber unbedingt Gläubiger sein müsse. Der Zweck lasse sich . . . auch dadurch erreichen, dass der Inhaber . . . als verfügungsberechtigt gelte." Die Verfügungsberechtigung ist dann auch anstelle der Gläubigereigenschaft in den Text des Gesetzes gesetzt worden. Daher ist soweit die Ansicht der Kommission zu berücksichtigen, aus der klar hervorgeht, dass keinesfalls der Besitzer als Eigentümer legitimiert wird.

Was sie dagegen sonst an dieser Stelle der Protokolle davon behauptet, dass „der Zweck des Inhaberpapiers verlange, . . . dass der Inhaber die Leistung fordern könne, ohne darzulegen, wie er das Papier erworben habe," und „dass der Inhaber bis zum Beweis des Gegenteils als verfügungsberechtigt gelte", ist zwar geeignet, die herrschende Ansicht zu stützen, verträgt sich aber so wenig — wie schon oben dargelegt — mit dem Standpunkt des Gesetzgebers, das „Recht aus der Schuldverschreibung" **nicht mehr** „lediglich an die Tatsache der Innehabung" zu knüpfen (Protokolle, S. 2634), dass es lediglich als inkonsequente Privatmeinung der Kommission anzusehen und zu ignorieren ist, weil der Text des Gesetzes niemand zwingt, diese falsche Ansicht anzunehmen.

Anders läge es allerdings, wenn die Kommission durch ausdrückliche Aufstellung einer „Rechtsvermutung" ihre irrtümliche Ansicht zum Gesetz erhoben hätte (vgl. oben beim Kapitel Beweislastverteilung § 8 I d. Diss.)

[2]) a. a. O., S. 35.

sein Innehaben zu beweisen, der Beklagte kann dann einwenden, dass der Kläger nicht über die Urkunde verfügungsberechtigt ist. Zu diesem Zwecke hat er Tatsachen vorzubringen, aus denen hervorgeht, dass der Kläger weder Eigentümer noch vom Eigentümer ermächtigt sei, die Leistung aus der Urkunde zu fordern."

Wenn dem so ist, wo bleibt denn dann der neue Standpunkt, den der Gesetzgeber prinzipiell entgegen dem früheren Rechte des Inhaberpapiers eingenommen hat? Dann ist ja tatsächlich alles genau so wie früher; denn dass man früher die „Gläubigereigenschaft" jetzt aber die „Verfügungsberechtigung", was ziemlich auf dasselbe hinauskommt, bestreiten muss, kann doch Jacobi unmöglich für einen „neuen Standpunkt" wie ihn Protokolle, S. 2634, ausdrücklich verkünden, gegenüber der Stellung des Inhabers ansehen?

Was sich gegen diese Behauptung Jacobis sonst noch sagen lässt, ist in anderem Zusammenhang schon vorweg genommen worden[1]). Hier sei nur erwähnt, dass Jacobi selbst auf jeden Beweis für seine Ansicht, wohl im Gefühle, die herrschende und feststehende Meinung auszusprechen, verzichtet; als Begründung seiner Ansicht führt er dagegen an: „Dem Inhaber müsse auch die Behauptungslast über die Tatsache abgenommen werden, wie er in den Besitz des Papiers gekommen sei. Diesen Zweck hat man durch Formulierung des § 793 völlig erreicht[2])."

Dass die Formulierung des § 793 das direkte Gegenteil beweist, ist oben eingehend besprochen worden; die Fassung kann meines Erachtens nur eine einzige Deutung zulassen.

Aus dem Wortlaut von § 793[1] ergibt sich lediglich:

a) Der Inhaber kann **verlangen, wenn** er **verfügungsberechtigt** ist; **sonst nicht!**

und das lässt nur eine Deutung zu:

Die Verfügungsberechtigung ist Voraussetzung und muss also eigentlich immer nach gewiesen werden, aber:

---

[1]) § 8 I, S. 42 ff. d. Arb.

[2]) Jacobi, a. a. O., S. 35.

b) Der Schuldner **braucht** den Nachweis **nicht** zu fordern; denn er wird auch durch die Leistung befreit, wenn er die Legitimation durch das Papier allein gelten lässt und sich später zeigt, dass der Inhaber nicht verfügungsberechtigt war.

Schliesslich beruft sich Jacobi auch noch auf mittelalterliche Rechtsverhältnisse und verwechselt das Legitimationspapier jener Zeit — die Vorstellung eines unserem modernen Inhaberpapier entsprechenden Rechtsinstituts lag dem Mittelalter völlig fern und wäre bei der damaligen Doktrin nirgends auf Verständnis gestossen — mit unserem Inhaberpapiere, allerdings nach Brunners Vorgang[1]).

Er weist nämlich darauf hin, dass bei manchen Legitimationspapieren damaliger Zeit der blosse Besitz vor Gericht als Eigentümer legitimierte und die actio gab. Dies ist als richtig zuzugeben; es stand sogar dem beklagten Schuldner nicht einmal der Gegenbeweis gegen die Legitimation durch das Papier zu, einen Fall ausgenommen; aber dieser eine Fall ist so eminent charakteristisch, dass aus ihm allein schon unzweifelhaft hervorgeht, wie fern der Gedanke an das spätere Inhaberpapier dem Mittelalter lag. Hierauf, sowie auf die Gründe, aus denen man damals aus dem Legitimationspapier seinem Präsentanten Rechte gab, die eine Verwechslung mit unserem späteren Inhaberpapier möglich und erklärlich machten, wird später im Zusammenhang[2]) einzugehen sein.

§ 9.

Pflicht des Schuldners, die Einlösung des Papiers zu verweigern.

Schon früher wurde darauf hingewiesen, dass es trotz § 793 [1] auch eine Pflicht des Schuldners gibt, die Leistung dem Präsentanten mangels Verfügungsberechtigung zu verweigern. Es frägt sich nun, wo die Grenze liegt, jen-

---

[1]) Brunner, Wertpapiere, in Endemanns Handbuch, Bd. II, S. 196 ff.
[2]) Vgl. § 15 d. Diss.

seits deren das freie Belieben des Schuldners, das Verfügungsrecht des Inhabers anzuzweifeln, in eine Pflicht übergeht.

Es ist im § 8 dieser Arbeit aufgrund mehrfacher Beweise gezeigt worden, dass der Schuldner aus jeder Art Legitimationspapiere für die Gründe seiner Bestreitung des Verfügungsrechts keine Beweise beizubringen braucht.

Dies liegt auch, wie im allgemeinen Interesse erleichterten Verkehrs, so ganz besonders im Interesse des Eigentümers solcher Papiere.

Denn in der Regel ist es in das freie Belieben des Schuldners gestellt, ob er sich um etwas anderes bekümmern will, als um die Präsentation des echten Papiers, die ihn fast immer von jeder weiteren Verantwortlichkeit befreit.

Hat er also unnötige Mühe oder gar Kosten durch solche Prüfung der Verfügungsberechtigung, die in jedem zweifelhaften Falle im Interesse der Eigentümer liegt, so wird er sich nach Möglichkeit hinter sein Recht verschanzen und nicht mehr tun, als er muss; er wird z. B. einem Menschen, dessen Äusseres nicht annehmen lässt, dass er Eigentümer eines ausgelosten Papiers über 10,000 Mark ist, ohne weiteres das Geld auf Präsentation auszahlen.

Das Belieben des Schuldners hat aber seine Grenze gemäss §§ 823, 826 BGB. auch für das Zivilrecht da, wo die strafrechtliche Verantwortlichkeit beginnt.

Es ist unrichtig, wenn die Protokolle[1]) sagen,

„der Schuldner handle **nicht dolos,** wenn er **wissentlich** an den **nicht berechtigten** Inhaber leiste; er übe damit nur sein Recht aus“

und die Kommission beurteilt diese Handlungsweise von einem ganz verfehlten Gesichtspunkte aus, wenn sie weiterhin sagt: „seine (d. h. des Schuldners) Sache sei es nicht, die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen.“ Diese an sich richtige Bemerkung — soweit nämlich nur das gesetzliche Recht, nicht das Anstandsgefühl jedes ehrlichen Mannes die Richt-

[1]) Protokolle, II. Lesung, S. 2646.

schnur des Schuldners bildet — ist hier ganz am unrechten Platze.

Nicht um die Wahrnehmung der Interessen des Eigentümers handelt es sich, sondern darum, dass der Schuldner, der wissentlich dem Dieb etc. durch Einlösung des Papiers zur Verwertung seines unrechtmässigen Gutes verhilft, sich der **Begünstigung** schuldig macht, also in hohem Masse dolos handelt; dass er daneben auch die Interessen des Eigentümers durch dieselbe Handlung vernachlässigt, kommt dabei gar nicht inbetracht.

Selbst, wenn ihm die **Beweisführung** obläge, wäre er strafrechtlich wie zivilrechtlich, bei Vermeidung privatrechtlicher Haftung (§§ 823, 826 BGB.) verpflichtet, die Leistung zu verweigern; denn, was er wirklich genau weiss, könnte er schliesslich im Prozesse auch immer beweisen. Tatsächlich aber wäre ausserdem fast immer ausgeschlossen, dass der Inhaber, dem der Schuldner mit seiner Behauptung mangelnden Verfügungsrechtes die Wahrheit sagt, es überhaupt bis zum Prozesse kommen lässt. Er wird froh sein, wenn man die Sache nicht noch weiter verfolgt.

Sehr zurückhaltend bemerkt Cosack[1]):

„Damit ist er also der Prüfung der Legitimation des „Papierinhabers enthoben . . . Nur für den Fall, dass „der Schuldner geradezu arglistig handelt, gilt eine „Ausnahme."

Auch Dernburg sagt nur, es verstosse gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.), wenn der Schuldner trotz seiner Kenntnis des mangelnden Rechts des Präsentanten diesem leistet.

Dass aber der Schuldner sich auch einer schweren strafrechtlichen Verfehlung schuldig macht, aus der sich dann für ihn zivilrechtliche Haftung gemäss § 823 BGB. unter allen Umständen und zweifellos ergibt, das scheinen beide, ebenso wie die II. Kommission, völlig übersehen zu haben.

Es steht aber fest, dass der Schuldner, der wissentlich dem nichtverfügungsberechtigten Inhaber leistet, sich der Be-

[1]) Cosack, Lehrb.[3], II, S. 346.

günstigung gemäss § 257 StGB. schuldig macht[1]); hieraus würde sich privatrechtliche Haftung nach § 823 BGB. ergeben. Aber selbst ohne Heranziehung des StGB. ist der Schuldner, der wissentlich dem unredlichen Inhaber leistet, m. E. sowohl aus § 823[2]), wie § 826 BGB. zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet.

§ 10.

Zusammenfassung.

In § 7 dieser Arbeit ist gezeigt worden, dass selbst bei Verschiedenheit der Beweislastverteilung sich für Inhaber- und Legitimationspapiere aus der juristischen Stellung des Inhabers, die bei beiden die gleiche ist, eine Einheitsdefinition ergibt.

Im § 8 glaube ich sodann hinreichend nachgewiesen zu haben, dass trotz der gegenteiligen Ansicht der Kommission — die in diesem Falle nicht mit dem Gesetzgeber zu identifizieren ist — ein Unterschied zwischen Inhaber- und Legitimationspapier auch bezüglich der Verteilung der Beweislast bei bestrittenem Verfügungsrecht nicht besteht.

---

[1]) Anm.: „Zum Tatbestand der sachlichen Begünstigung genügen nur solche Handlungen, die dazu bestimmt sind, dem Täter die Vorteile des Verbrechens . . . zu sichern, namentlich also zu verhindern, dass der rechtmässige Besitzer die ihm durch die strafbare Handlung entzogene Sache wiedererlange“ (Frank, Komm.[4], S. 347)

Dass die Begünstigung eine absichtliche wäre, ergäbe sich m. E. daraus, dass der Schuldner keinen Vorteil bei der Sache hat und der geringen Mühe, die er erspart, ein Verlust an geschäftlicher und sozialer Achtung mehr als das Gleichgewicht halten würde, selbst wenn keine Verurteilung einträte. Daher wäre der Einwand hinfällig, Schuldner habe lediglich in seinem Interesse gehandelt, und die dadurch verursachte Begünstigung sei ein zufälliger Nebenumstand, der nicht im Willen des Schuldners lag, sondern nur nicht berücksichtigt wurde.

Übrigens halte ich bei Bewusstsein, einen Verbrecher vor sich zu haben und Bewusstsein, ihn zu unterstützen, die Absicht stets für einen gegebenen Faktor; mindestens wird das Gegenteil schwerlich nachzuweisen sein.

[2]) Event. fahrlässige Rechtsverletzung.

Verfasser hat dabei die Äusserungen der Kommission in zwei Gruppen geschieden:

1. solche, die sich im Gesetz direkt wiederfinden oder unabweisbare Konsequenzen desselben sind. Hier ist die Kommission auch in den dazu abgegebenen Erklärungen als Gesetzgeber anzusehen und ihre Äusserungen sind als Interpretationsmittel nicht abweisbar.
2. Äusserungen der Kommission, die weder im Gesetze ihren Niederschlag fanden, noch sich unmittelbar aus dem Texte des Gesetzes ergeben.

Hier ist die Ansicht der Kommission lediglich Privatmeinung, deren Benutzung zu Auslegungszwecken dem Urteil eines jeden anheimgestellt ist; derartige Ansichten sind aber unbedingt als Interpretationsmittel ausgeschlossen, wenn sie mit dem Charakter, den die Kommission als Gesetzgeber einem Rechtsinstitute gab, in Widerspruch stehen. Denn hier beruht die Ansicht der Kommission auf einem Irrtum.

Dass sich die Kommission bei dieser Materie in einen solchen Widerspruch verwickelt hat, ist der Ausgangspunkt meiner Untersuchung über die Beweislastverteilung.

Dieser Widerspruch ist aber schon in der Kommission selbst empfunden worden; man sah ein, dass die Absicht der Kommission, die ja zweifellos bestand, dem Schuldner aus dem Inhaberpapier die Beweislast bei Bestreitung der Legitimation aufzuerlegen, mit dem diesem Papier neugegebenen Rechtscharakter schwer vereinbar war.

Deshalb beantragte ein Mitglied, um einem Missverständnis vorzubeugen, folgende Fassung des damaligen § 685 (im Gesetz § 793):

„ . . . . Das **Innehaben** der Schuldverschreibung „**ermächtigt** den Inhaber dem Schuldner gegenüber „**zur Verfügung** über die Forderung[1]).“

Dieser Antrag ist nicht angenommen worden. Wäre er aber angenommen so stände im Gesetze eben eine

[1]) Protokolle, S. 2633 u. S. 2639.

Bestimmung, die mit dem Grundcharakter des neuen Inhaberpapiers, wie er nach dem Willen der Kommission sein soll, in Widerspruch stände, und mit diesem Widerspruch müsste man sich dann abfinden, wie früher mit den vielen Widersprüchen des alten Inhaberpapiers.

Da dies aber nicht geschehen ist, glaubt Verfasser durchaus de lege lata zu sprechen, wenn er unter Nichtbeachtung der irrigen Meinung der Kommission in § 8 behauptet:

> Die Beweislast des Inhabers ist eine unbedingte Folge der Rechtsstellung, die das BGB. dem Inhaber des Inhaberpapiers gegeben hat[1]).

Demgemäss ist auch der letzte Absatz der im § 7 d. Arb. gegebenen Einheitsdefinition beider Papiere zu streichen und es ergibt sich als Resultat der Untersuchung:

> Es gibt nur ein Legitimationspapier, dessen verschiedene Unterarten ihrem Inhaber alle die gleiche rechtliche Stellung geben.
>
> Die Inhaberklausel — gleichviel ob rein oder alternativ —, macht dieses Legitimationspapier **nur** gegenüber dem Schuldner zu einem **bedingten** Legitimationsmittel, dessen Wirkung von seiner Anerkennung durch den Schuldner abhängt.
>
> Jedem Dritten gegenüber hat es überhaupt keine Legitimationswirkung, sondern ist lediglich Beweismittel für das Bestehen einer Forderung.
>
> Dass trotzdem der gutgläubige Dritte auch am gestohlenen Legitimationspapier Eigentum erwirbt (§ 935[2] BGB.), ist ein aus Verkehrsrücksichten geschaffenes gesetzliches Privileg, nicht aber die Konsequenz einer Legitimationswirkung.

---

[1]) Vgl. jedoch Anm. auf S. 59 d. Arb.

III. Das reine Inhaberpapier des 19. Jahrhunderts.

§ 11.

Gesetzgebung und Theorie.

Das reine Inhaberpapier, wie es in dieser Arbeit aufgefasst ist, das den Inhaber, und zwar nur den Inhaber zum einzigen und originären Gläubiger gegenüber dem Schuldner machte, hat in Gesetz und Theorie, trotz zahlreicher gesetzlicher Widersprüche, die es für die Praxis schon damals zum blutlosen Schemen machten, tatsächlich vom Anfang des 19. Jahrhunderts bis 1871 in Deutschland existiert.

Dieses Inhaberpapier bildete nun allerdings einen schroffen Gegensatz zum Legitimationspapier im engeren Sinne.

Um diesen Gegensatz zu beleuchten, seien zunächst im folgenden die vorhandenen gesetzlichen Definitionen des damaligen Inhaberpapiers und Äusserungen der hervorragendsten Theoretiker über den Rechtscharakter desselben angeführt.

Soweit die Gesetzgebung in Frage kommt, ist die Ausbeute an Bestimmungen, durch die die spezifische Inhaberstellung des Präsentanten grade beim Inhaberpapier im Gegensatze zum Legitimationspapier charakterisiert wird, nicht sehr reichlich.

„Die Gesetzgebung hat sich mit der Regelung des „Verhältnisses bis auf die neueste Zeit verhältnismässig „wenig befasst . . . . Bezüglich ihrer Auffassung der „rechtlichen Natur und juristischen Konstruktion des „Inhaperpapiers lässt sich aus den betreffenden einzelnen

„Gesetzen und Gesetzentwürfen mit Sicherheit wenig „entnehmen[1])."

„Die Dürftigkeit und Lückenhaftigkeit der Gesetz- „gebung erklärt sich daraus, dass das Institut der In- „haberpapiere . . . seine volle Ausbildung und mannig- „fache Verkehrsanwendung der neuen Zeit verdankt[2])."

So hat namentlich das preussische Landrecht und das österreichische BGB. die Rechtsfrage, welche Stellung der Inhaber dem Schuldner gegenüber hat, nicht direkt berührt, wenngleich sich aus § 1393 östr. BGB. („Schuldscheine . . . auf den Überbringer . . . bedürfen nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung") wenigstens vermuten lässt, dass auch gemäss österreichischem Recht der jeweilige Inhaber als vollkommen legitimierter Gläubiger dem Schuldner gegenüber stehen und dieser an der Frage seines Rechtserwerbes nicht rühren sollte. Es finden sich aber auch eine ganze Anzahl partikularrechtlicher Bestimmungen, in denen die Rechtsstellung des Inhabers als alleinigen Gläubigers dem Schuldner gegenüber klar zum Ausdruck kommt.

So bestimmt z. B. eine kurhessische Verordnung vom 18. Dezember 1823 im § 1:

„Der Besitzer einer auf den Inhaber lautenden „Obligation . . . soll inbezug auf den darin genannten „Schuldner stets als rechtmässiger Gläubiger „gelten."

Ferner lautet § 14 eines braunschweiger Gesetzes vom 19. Dezember 1834:

„Bei den . . . auf den Inhaber lautenden Kammer- „und Landesobligationen genügt der blosse Besitz zur „vollständigen Legitimation des Gläubigers."

Ebenso heisst es in einem sachs.-meiningisch. Gesetz vom 9. April 1850:

---

[1]) Begründung zum Entwurf des BGB., II. Buch, 1. Bd., Abschn. 1, Tit. 2, S. 29.

[2]) a. a. O., S. 77.

„Bei allen öffentlichen Schuldurkunden auf den In-
„haber genügt der Besitz der Originalurkunde zur voll-
„ständigen Legitimation . . . .“

In einem Waldeckschen Gesetz vom 20. November 1854 wird in § 1 festgesetzt:

„Der Besitzer einer auf den Inhaber lautenden
„Schuldurkunde . . . . soll in Beziehung auf den darin
„genannten Schuldner stets als rechtmässiger Gläu-
„biger gelten und soll ihm . . . . Zahlung nicht ver-
„weigert werden.“

Eingehender wird die Stellung des Inhabers im sächsischen BGB. und im Züricher privatr. Gesetzbuch behandelt:

Sächsisches BGB., § 1039: „Bei Urkunden, welche
„auf den Inhaber lauten, gilt jeder Inhaber der Ur-
„kunde, so lange er sie inne hat, als Berechtigter
„gegen den durch die Urkunde Verpflichteten.“

§ 1045: „Der aus dem Inhaberpapier Verpflichtete
„ist nicht berechtigt, aus der Art der Erwerbung
„der Urkunde durch den Inhaber Einwendungen gegen
„diesen zu machen.“

§ 1046: „Einreden, welche der Verpflichtete
„aus dem zwischen ihm **und dem Inhaber** der Ur-
„kunde bestehenden Verhältnis hat, können der Forde-
„rung aus dem Inhaberpapier entgegengesetzt werden,
„nicht aber Einwendungen, welche der Verpflichtete
„gegen einen früheren oder den ersten Inhaber
„der Urkunde gehabt haben würde.“

Züricher privatrechtl. Gesetzbuch, § 1104: „Der
„Schuldner ist weder berechtigt noch verpflichtet,
„den Nachweis darüber zu fordern, in welcher
„Weise der Zahlung fordernde Inhaber der Urkunde
„in den Besitz derselben gekommen sei. Der je-
„weilige Inhaber des Schuldpapiers gilt als der
„**rechtmässige** Gläubiger.“

§ 1105: „Der Schuldner ist verpflichtet, den Inhalt
„der Urkunde genau zu erfüllen, ohne Rücksicht auf
„seine anderweitigen Verhältnisse . . . zu früheren Be-
„sitzern . . .“

§ 1349: „Die Inhaberaktien gehen mit dem Besitz „der Aktienurkunde über. Wer im Besitz einer solchen „Aktie ist, **und nur, wer es ist,** wird dadurch als „Aktionär legitimiert."

Endlich

„nach rheinisch-französischem Recht fallen die In- „haberpapiere rücksichtlich der Vindikation lediglich „unter das . . . . Prinzip des code civil art. 2279: „en „fait de meubles la possession vaut titre", d. h. der „blosse (juristische) Besitz vertritt ohne Rücksicht auf „bona oder mala fides des Besitzers das Eigentum[1])."

Es ist also der Besitzer dem Schuldner gegenüber der wahre und alleinige Gläubiger.

Dass diese gesetzlichen Vorschriften der herrschenden Meinung durchaus entsprachen, zeigt ein Blick auf die drei grossen deutschen Entwürfe zur ganzen oder teilweisen Kodifikation des deutschen Privatrechts: den Dresdener und Schweizer Entwurf eines Obligationenrechts und den ersten Entwurf zum deutschen BGB., von denen allerdings nur der Schweizer Entwurf geltendes Recht geworden ist. Sie stehen durchaus auf dem Boden obiger Bestimmungen, präzisieren die Stellung des Inhabers bei den Inhaberpapieren als eine priviligierte aber noch schärfer. So bestimmt der Dresdener Entwurf[2]):

art. 17. „Beruht ein Schuldverhältnis auf einer Urkunde, „durch welche sich deren Aussteller zu einer Leistung „auf den Inhaber verpflichtet, so **ist** der **Inhaber,** ver- „möge seiner Innehabung, ohne Rücksicht auf den „Grund des Erwerbes, **Gläubiger** der in der Ur- „kunde bezeichneten Forderung."

art. 18: „Der Schuldner kann der Forderung Ein- „wendungen entgegensetzen, welche gegen . . . . den „jeweiligen Inhaber zustehen, nicht aber Einwendungen, „welche er gegen Vormänner des jeweiligen Inhabers „gehabt haben würde."

---

[1]) Protokolle II. Lesung, S. 3834 ff.

[2]) Begründ. z. Entw. d. BGB.: Beil. betr. Inhaberpap., S. 101.

art. 347: „Bei Schuldverhältnissen aus auf den In-
„haber lautenden Urkunden hat der Schuldner weder
„das Recht, noch die Verpflichtung, vor der
„Zahlung an den Inhaber dessen Berechtigung zur Inne-
„habung der Urkunde zu prüfen . . .“

Ziemlich gleichlautend sind die zu geltendem Recht erhobenen Bestimmungen des Schweizer Entwurfs von 1879:

art. 851: „Ist in einer Urkunde die Leistung an
„jeden Inhaber dieser Urkunde versprochen, so **ist** der
„jeweilige Inhaber derselben **Gläubiger** der Forderung.
„Der Schuldner ist weder berechtigt, noch ver-
„pflichtet, den Nachweis darüber zu verlangen, in
„welcher Weise der Zahlung fordernde Inhaber der Ur-
„kunde in den Besitz derselben gekommen ist . . .“

Der Entwurf zum BGB. endlich bestimmte in Buch II, Abschn. I, Tit. 2, No. II, § 15:

„Derjenige, welcher ein Inhaberpapier jeweilig
„inne hat, ist als Inhaber der Urkunde, ohne Rück-
„sicht auf den Grund seines Erwerbers derselben be-
„rechtigt, die in der Urkunde versprochene Leistung
„zur Verfallszeit zu fordern . . .“

und der endgiltige § 685 des ersten Entwurfs lautete:

„Durch eine Schuldverschreibung, in welcher der
„Aussteller dem Inhaber derselben eine Leistung ver-
„spricht, wird der Aussteller dem jeweiligen In-
„haber der Schuldverschreibung verpflichtet, an diesen
„. . . die Leistung zu bewirken.“

In der Begründung zum Entwurfe des BGB. ist der Inhalt dieser angeführten Gesetze etc., den sich der erste Entwurf bezüglich der Rechtsstellung des Inhabers durchaus zu eigen machte, wie folgt, zusammengefasst:

„Der Aussteller hat sein Gebundensein . . . . nur
„an die Tatsache der Innehabung des Papiers durch
„einen anderen ohne Hinweisung auf irgend eine
„besondere Gestaltung des Erwerbsaktes ge-

„knüpft[1]). Alle weitergehenden Anforderungen (wie „das Erfordernis des Eigentums, des redlichen Er- „werbs aufgrund einer Tradition, des juristischen „Besitzes) gehen über den im Papier aus- „gesprochenen Willen des Ausstellers hinaus . . . .“ „Mit der Innehabung des Papiers **wechselt** die „Person des Gläubigers, jeder Inhaber ist **originärer** „Gläubiger, insofern er sein Recht aus dem Papier nicht „von einem Vorbesitzer ableitet, sondern . . . mit der „Erlangung der Urkunde Gläubiger wird . . . . „Hiermit fällt auch die Unterstellung einer den Erwerb „der Forderung vermittelnden oder mit ihm verbundenen „Zession, Singularsuccession oder Novation von selbst „zusammen, wie die Entstehung der Gläubiger- „schaft von einer Übergabe (Tradition) des Papiers „an den Inhaber unabhängig ist . . . . Ihm (d. h. dem „Schuldner) gegenüber ist jeder Inhaber Gläubiger, wenn „auch der Inhaber nach dem Grunde seiner Innehabung „(z. B als Depositar) hiervon keinen Gebrauch, die „Forderung nicht geltend machen soll.“

Besitz und Innehabung waren also bei diesem Inhaberpapier identische Begriffe; es ist nicht, wie Kuntze[2]) behauptet, der blosse detentor als Nichtgläubiger vom Besitzer, der durch seinen Besitzwillen Gläubiger ist, zu unterscheiden.

So war die Rechtslage bis 1870, wie sich aus den vorhandenen Partikulargesetzen ergab, und die Mehrzahl der Theoretiker stand auf demselben Boden.

Nachdem Kees 1808 in seiner Dissertation „quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur“[3]) zuerst darauf aufmerksam gemacht hatte, dass in der Behandlung des Inhabers rechtlich ein Unterschied bestehe, je nachdem das Papier nur den Inhaber[4]) oder daneben einen be-

---

[1]) Vgl. Züricher Gesetzbuch, § 1104; Sächsisches BGB. §§ 1035, 1045; Dresdener Entw. art. 17, 347; Schweizer Entw. II. § 851.

[2]) Kuntze, Inhaberpap., S. 303.

[3]) Vgl. Teil III dieser Arbeit. § 15.

[4]) Kees, Dissert., 1808, S. 18 u. 20.

nannten Gläubiger[1]) erwähne, wurde von Glück und Gönner die theoretische Unterlage für die oben zitierten Gesetzesbestimmungen geschaffen. Glück[2]) sagt, der blosse Besitz des Schuldscheins reiche nicht hin zur Legitimation des Zessionars, falls der Inhaber neben einem benannten Gläubiger in der Urkunde genannt sei:

„Denn ohne den Willen des ersten Gläubigers „konnte kein Dritter desselben Recht erwerben. Aus „dem blossen Besitz folgt aber notwendig keine Zession, „und auch die blosse Übergabe, ohne iusta causa praecedens, überträgt kein Eigentum[3])"

Anders bei den Papieren auf den blossen Inhaber: „Bei solchen Obligationen kommt die Person des Gläubigers, eben deswegen, weil er darin nicht benannt ist, „gar nicht in Betracht. Schon der Inhaber gilt hier für „den Gläubiger, ohne dass es bei dem Verkehr derselben „einer sonst gewöhnlichen Zession bedarf[4])." „Eine „andere legitimatio ad causam, als welche durch „den Besitz und die Präsentation des Schuld-„dokuments geschieht, kann bei solchen Obligationen „gar nicht vorkommen. Denn der Schuldner hat „jeden Inhaber derselben für seinen Gläubiger an-„zuerkennen erklärt[5]) . . . ."

Noch schärfer hervorgehoben ist die selbständige rechtliche Stellung des Inhabers beim reinen Inhaberpapier von Gönner[6]):

„Wo nach der Institution und dem ausdrücklichen „Inhalte der Urkunde ein Gläubiger genannt, bei Über-„tragung der Forderung von einem auf den anderen „keine Zession und kein Beweis derselben notwendig „und der Inhaber der Urkunde für den Gläubiger

[1]) a. a. O., S. 17.
[2]) Glück, Erläut. z. d. Pandekt., Bd. XVI, S. 441.
[3]) a. a. O., S. 441.
[4]) a. a. O., S. 441.
[5]) a. a. O., S. 442.
[6]) Gönner, Von Staatsschulden etc. München 1826.

„erklärt ist, da lässt sich ein anderes äusseres Merkmal, „aus dem man den Gläubiger erkennt, durchaus nicht „denken, als der physische Besitz, **das Innehaben** „der Urkunde selbst; der Rechtstitel, unter welchem der „Inhaber die Urkunde erhalten hat (z. B. als Depositum „oder Pfand), äussert seine Wirkungen zwar unter den „Kontrahenten, aber einen Dritten . . . geht jener Kon- „trakt nichts an."

Die grosse Mehrzahl der namhaften Theoretiker stimmte bezüglich der Stellung des Inhabers mit der Partikulargesetzgebung überein. So sagt Schumann[1]):

„dass die au porteur gestellten Schuldbriefe, den jeweiligen „Inhaber für den Forderungsberechtigten erklären[2])." Der Schuldner „ist vermöge der Stipulation verpflichtet, „den Inhaber, Präsentanten, als seinen wahren „Gläubiger zu betrachten und zu behandeln, also dem- „selben ohne weitere Untersuchung, als über die Echt- „heit der produzierten Urkunde, zur rechten Zeit Zahlung „zu leisten[3]). Die Papiere au porteur gewähren dem „Besitzer nicht bloss eine Präsumtion dafür, dass er zur „Geltendmachung der Forderung berechtigt sei, sondern „sie erklären ihn als solchen[4])."

Ebenso Schweppe[5]): „Von dem Satze, dass der „Besitz eines Schuldscheins den Besitzenden nicht zum „Berechtigten der Forderung mache, von welcher der „Schein redet, bilden die Schuldscheine auf den Inhaber „eine Ausnahme . . . ." Es ist „das Dokument selbst „gleichsam der Gläubiger und der jedesmalige Besitzer „desselben übt die Rechte des Gläubigers für die Zeit „seines Besitzes aus."

Auch Maurenbrecher[6]) „erkennt dem Vorzeiger

---

[1]) Schumann, Die Amortisation. Heidelb. 1830.
[2]) a. a. O., S. 50.
[3]) a. a. O., S. 50.
[4]) a. a. O., S. 51.
[5]) Schweppe-Mejer bei Kuntze, S. 135.
[6]) Kuntze, S. 137.

„die Rechte des Gläubigers zu und knüpft dieselben an „die Tatsache des Besitzes."

Nach Mühlenbruch enthält „der blosse Besitz „hier . . . zugleich den Beweis des Rechtes[1])."

Seuffert[2]): „Nur bei solchen Schuldverschreibungen, „welche auf jeden Inhaber ausgestellt sind, ist jeder Be„sitzer als Gläubiger legitimiert."

Desgleichen verteidigt Duncker[3]) die Annahme, „dass der Inhaber mit dem Versprechen des Schuldners „als selbständiger Gläubiger erscheint, und derjenige, „welchem gegenüber der Schuldner sich zuerst ver„pflichtet hat, gar nicht in Betracht kommt."

Auch nach Gerber[4]) ist „dem Schuldner gegenüber „ . . . der Besitzer des Papiers wirklicher Gläu„biger, nicht bloss der gutgläubige Besitzer, oder etwa „nur der Eigentümer. Auch ist der Besitzer nicht der „bloss vermutete Gläubiger. Denn der Besitz des „Papiers, einerlei, wie es erworben wurde, ist der Zustand, „der den Gläubiger bestimmen soll."

Nach Einert[5]) beruht „alles Klagerecht auf dem „Körperbesitz. Davon, dass der Präsentant des Papiers „dasselbe vom Aussteller oder von einem anderen recht„mässigen Besitzer . . . an sich gebracht habe ist gar „nicht die Rede[6]). Der Annehmer des Papiers erlangt „mit der Besitzergreifung ein selbständiges, nur „für ihn geschaffenes Recht, nicht ein ihm über„tragenes[7])."

Gengler[8]) definiert die Inhaberpapiere als „Urkunden, „worin eine Person sich jedem Besitzer und Vorzeiger „des Blattes, aber auch nur diesem gegenüber, ohne

---

[1]) a. a. O., S. 138.
[2]) Seuffert, Prakt. Pandektenrecht[4], Bd. II, 1867, S. 166.
[3]) Duncker, Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. V.
[4]) Gerber, Deutsch. Priv.-R.[16], 1891, S. 268.
[5]) Einert, Ztsch. f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. XI, S. 80.
[6]) a. a. O., S. 77.
[7]) a. a. O., S. 80.
[8]) Gengler bei Kuntze, S. 153.

„eine weitere Legitimation, z. B. über die Art seines Er-
„werbes zu fordern, als den rechten zahlungsverpflich-
„teten Schuldner erklärt."

Nach Jolly[1]) ist der Übergang, der aus dem Inhaber-
„papier entspringenden Forderung „**nicht** von einem in
„seinen Voraussetzungen und Folgen äusserst verwickelten
„Rechtsverhältnis (Eigentum an der betreffenden Ur-
„kunde), sondern nur von einer einfachen Tatsache be-
„dingt und diese Tatsache ist bei den Papieren auf In-
„haber die Innehabung des Papiers schlechthin."

Bluntschli präzisiert seinen Standpunkt kurz mit den Worten: „Wer den Schein hat, ist Gläubiger"[2]) und Beseler sieht in der Urkunde das Recht, auf welches sie sich bezieht, verkörpert, sodass der Inhaber der Urkunde zu seiner Ausübung befähigt erscheine; denn der Schuldner müsse ihm zahlen, ohne zur Prüfung seines Besitztitels aus einem zivilrechtlichen Grunde befugt zu sein[3]).

Auch Kuntze[4]) hält den Inhaber, soweit er nicht bloss detentor alieno nomine ist[5]), sondern animus possidendi hat, für den Gläubiger zu der Forderung;

„nur als Besitzer, aber auch von selbst und ohne
„weiteres (schlechthin) als Besitzer ist er Forderungs-
„berechtigter; weil und indem er den Besitz am Papier
„und hiermit zugleich die actio, die jenem einverleibt ist,
„hat, hat er auch das Recht aus dem Papiere.[6])"

Sehr mit Unrecht behauptet Thöl[7]), die eben genannten Vertreter der Doktrin bewegten sich in einem circulus vitiosus:

„Der Besitzer ist Gläubiger. Dieser Satz findet sich
„bei vielen, z. B. auch bei Bluntschli und bei Gerber,

---

[1]) Jolly, Archiv. f. dtsch. Wechs., Bd. IV, S. 390.
[2]) Bluntschli, Dtsch. Priv.-R. II, § 118, Nr. 5.
[3]) Beseler, System d. gem. deutsch. Priv.-R., Bd. III, § 225.
[4]) Kuntze, a. a. O., S. 300.
[5]) a. a. O., S. 303.
[6]) a. a. O., S. 300.
[7]) Thöl, Handelsr.[6], II, S. 681.

„wird aber meistens hinterher dahin limitiert, dass er „dem Schuldner gegenüber Gläubiger sei, er dagegen „einer Vindikation entweder nur als unredlicher „(Bluntschli . . .) oder sogar auch als redlicher Be„sitzer (Gerber . . .) unterliege. Damit ist aber der „Satz, dass der Besitzer Gläubiger sei, aufgegeben. Ist „der Vindikant der Gläubiger, und das wird er „doch sein sollen (!!), so ist der Besitzer eben nicht „Gläubiger. Die Behauptung, dass er doch Gläu„biger sei, beruht auf einer Verwechselung. Weil „der Schuldner durch Zahlung an einen Besitzer, welcher „nicht Gläubiger ist, liberiert werden kann, so wird „dieser Nichtgläubiger für den Gläubiger gehalten.[1]).

Die Verwechselung ist auf seiten Thöls, der die sachenrechtliche und obligationenrechtliche Seite des Inhaberpapiers nicht streng genug auseinander hält. Mit guten Gründen konnte damals die Doktrin behaupten, der Inhaber des Papiers sei originärer Gläubiger, denn gesetzlich stand einer solchen Theorie nichts entgegen, selbst wenn sie nicht, wie es tatsächlich der Fall war, nach einer Reihe von Landesgesetzen mit dem geltenden Rechte übereingestimmt hätte. Aber wenn die Theorie sagt, Forderungsberechtigter sei, in Ermangelung eines benannten Gläubigers, der jeweilige Inhaber, so steht das in keiner Weise der Möglichkeit entgegen, dass das Papier selbst Eigentum eines anderen sei, der sein Sachenrecht an dem Papier geltend machen kann, so lange die Sache besteht. Thöl verkennt also ganz, dass Gläubiger und Eigentümer, Forderungs- und Sachenrecht, sich in einer Person vereinigen können, aber nicht müssen. Indem der Eigentümer vindiziert, erlangt er nicht die Forderung, sondern die Sache zurück; das Forderungsrecht entsteht ihm **damit,** wie jedem anderen Inhaber, weil er jetzt nicht bloss Eigentümer, sondern auch Inhaber des Papiers ist, durch die Innehabung **von neuem,** während das Forderungsrecht des früheren Inhabers durch die Eviktion der Sache unterging.

---

[1]) Anm. 6, S. 681 u. 682. a. a. O.

§ 12.

Rechtscharakter des reinen Inhaberpapiers.

Nach all diesen Stimmen aus Gesetzgebung und Theorie ist das Inhaberpapier ganz buchstäblich aufzufassen, als ein Papier, das der wirkliche Träger des Rechts ist, sodass es nur dem Inhaber Forderungsrechte gewährt, dass nur er Gläubiger aus dem Papier ist. Mit Verlust der Innehabung oder Untergang der Sache gehen auch die in ihm verkörperten Rechte unter, resp. dem Eigentümer verloren, trotzdem sein Eigentum an der Sache im Falle des Abhandenkommens weiter bestehen bleibt.

Hier behält also der Eigentümer sein Recht **an** der Sache, aber das Recht **aus** der Sache, das Recht auf die Leistung, gebührt dem, der diese Sache, gleichviel ob redlich oder unredlich, im Besitze hat. Demgemäss ist der Dieb dem Schuldner gegenüber rechtmässiger Gläubiger, der die Leistung zu fordern hat kraft seiner Innehabung, während der nichtbesitzende Eigentümer nicht bloss sein Forderungsrecht nicht geltend machen kann, sondern es direkt verloren hat — unbeschadet natürlich des Vindikationsrechts an der Sache selbst, das ihm als Eigentümer derselben zusteht.

Alle mit dem Papier verknüpften Rechte hängen also nicht von dem Eigentum, sondern von der Innehabung des Papiers ab; ist der Inhaber zugleich Eigentümer, dann ist natürlich seine Stellung um so besser. Aber dem Schuldner gegenüber kommt nur der faktische Besitz inbetracht; dieser macht zum Gläubiger. Das Gläubigerrecht wird nicht etwa mit dem Eigentum mit übertragen; denn es erlischt für den Eigentümer, sowie er freiwillig oder unfreiwillig des Papierbesitzes verlustig geht, und entsteht sofort neu, sowie es wieder in eines anderen Hand gerät; das Forderungsrecht geht nicht von Person zu Person über, sondern es ist im Papier verkörpert, beruht auf dem Papier, und es erwacht zu neuem Leben in der Hand eines jeden, der das Papier besitzt und das Recht somit geltend machen kann; daher ist es für jeden neuen Inhaber ein **originäres** Forderungsrecht.

Das ist ja grade das Charakteristische des Inhaberpapiers, dass der Gläubiger eine von vornherein unbekannte, beliebig wechselnde Person ist, die erst durch die Präsentation für den Schuldner zur bestimmten, wenn auch regelmässig unbekannten Person wird. Die Obligation ist äusserlich fertig, ehe ein Gläubiger da ist; aber gültig wird sie erst in dem Moment, wo die Gegenleistung vollzogen wird, indem eine beliebige Person durch Bewirkung dieser Gegenleistung an die vermittelnde Ausgabestelle das Papier erwirbt.

Einer muss natürlich einmal Eigentümer gewesen sein und das ist also der erste Erwerber immer; denn der Dieb ist nie der erste Erwerber; solange er das noch nicht in den Verkehr gelangte Papier in seinen Händen hat, ist es eine trotz äusserlicher Vollendung ungültige Urkunde. Er kann das Papier allerdings verkaufen, und dann muss man nach § 794 BGB., so viel sich auch de lege ferenda darüber sagen liesse, zugeben, dass die an sich ungültige Urkunde, ungültig, weil sie die Besiegelung und Beweisurkunde über einen Vertrag cum incerta persona sein soll, der aber hier nicht zustande kam, trotzdem für gültig angesehen wird. Aber § 794 ist nur eine Durchbrechung des Rechts, ein für sehr seltene Fälle zur Sicherung des Kredits der Inhaberpapiere geschaffenes Privileg, das **prinzipiell** keine Veränderung schafft. Auch art. 21 [4] W.- Ord. lässt sich gegen die hier geäusserte Ansicht über die Entstehung der Inhaberobligation nicht ins Feld führen. Hat der Acceptant die Annahme des Wechsels vollzogen, so hat er damit anerkannt, dass das vom Aussteller ihm zugestellte Schriftstück ihn verpflichten soll. Damit ist der Vertrag perfekt, auch wenn Acceptant, wie es häufig vorkommt, die anerkannte Schuld nur aus Gefälligkeit, oder vielleicht, weil beide auf ihre gemeinsame Unterschrift hin sich leichter Geld verschaffen können, scheinbar zugegeben hat. Es ist also formell durch das Accept stets ein bestimmter Vertrag zwischen zwei bestimmten Personen perfekt geworden; auch wenn der acceptierte Wechsel noch in der Hand des

Acceptanten ist, hat er doch die Aufforderung, eine bestimmte Schuld anzuerkennen, angenommen.

Anders beim Inhaberpapier; trotz der Unterschrift des Schuldners ist es nur eine Offerte, dass der Unterschriebene demjenigen, der die beurkundete Gegenleistung erfüllen will, sich von diesem Augenblick an als Schuldner verpflichtet. Der Vertrag ist also erst perfekt mit dem Kauf der Urkunde; gerät sie ohne diesen in fremde Hände, so ist gar kein Vertrag zustande gekommen, die Urkunde ist also ungültig.

Aber ebenso wie der gutgläubige Erwerber des Papiers nach seiner Ausgabe durch § 935 [2] geschützt wird, ebenso schützt ihn aus denselben Gründen, obwohl in beiden Fällen eigentlich gar kein Geschäft zustande kam, bei Kauf des noch nicht ausgegebenen gestohlenen etc. Papiers der § 794 BGB.

Es ist also stets der erste Erwerber Eigentümer; denn der Schuldner, der bis jetzt trotz der äusserlich vollendeten Urkunde keinen Verpflichtungswillen hatte, kann schon **deshalb** nicht sein eigener Gläubiger sein, wie er es, cum grano salis betrachtet, wäre, wenn er seine Schuldverpflichtungen vor der Fälligkeit zurückkaufen würde[1]). Vor der Ausgabe ist die Urkunde in seiner Hand ein unwirksames Stück Papier, ebenso wie, wenn er sie **bei Fälligkeit** eingelöst hat: im einen Falle fehlt der Verpflichtungswillen, im andern ist er erfüllt. Beides hat

---

[1]) Denn das Recht auf die noch nicht fällige Forderung geht in seiner Hand nicht unter, es bleibt nur latent, solange er das Papier nicht vernichtet. Es entsteht also für jeden anderen wieder, sobald er dasselbe Papier nochmals in Verkehr bringt, oder sobald es gegen seinen Willen wieder in den Verkehr gelangt.

Das noch nicht in den Verkehr gelangte Papier aber, dessen Inhalt sich also mit dem Willen des Schuldners noch nicht deckt, ist in seiner Hand vorläufig ein wertloses Blatt Papier; kommt dieses gegen seinen Willen in Verkehr, so ist der Erwerber überhaupt kein Gläubiger; der gutgläubige Erwerber wird nur fingierter Gläubiger kraft Privilegs § 794 BGB.

gleichen Effekt: die Schuldurkunde ist noch nicht gültig oder schon ungültig.

Die Obligation, die noch nicht ausgegeben wird, ist so ungültig, wie ein Brief, der nicht abgeschickt wird; wird dieser gestohlen und an den ausgehändigt, der dadurch beleidigt werden sollte, so kann der Empfänger doch den Schreiber des Briefes nicht verklagen; denn trotz des Briefes, der die an sich vollendete Beleidigung enthält, ist diese nicht vollendet, weil der Wille, Missachtung zum Ausdruck zu bringen[1]), fehlte, wie die Nichtabsendung beweist.

Ebenso ist die Obligation, die nicht ausgegeben ist, ungültig, trotz ihres vom Aussteller unbeabsichtigten Gelangens in den Verkehr, wie der Brief, der nicht abgeschickt werden sollte, aber wider den Willen des Autors doch an den Adressaten gelangte.

Wie die Beleidigung erst dadurch vollendet ist, dass der Schreiber des Briefes ihn freiwillig abschickt, so ist die Obligation des Schuldners erst vollendet, wenn die Beurkundung seines Willens, sich zu verpflichten, mit diesem Willen in Einklang steht, und das ist der Fall, wenn ein beliebiger Käufer die verlangte Gegenleistung gegeben hat; der Wille des Ausstellers ging **nicht** dahin, **sich zu verpflichten,** sondern sich **gegen Empfang einer anderen Leistung zu verpflichten.** Nun erst deckt sich sein Wille mit der beurkundeten Verpflichtung, jetzt erst ist der Vertrag mit einer unbestimmten Person perfekt; diese vollendete Obligationsurkunde konnte nun beliebig gestohlen werden, für ihn war jetzt jeder Inhaber, ohne Rücksicht auf seinen Erwerb, unbedingter und originärer Gläubiger. Wer das war, das war nicht seine Sache; nach Empfang der Gegenleistung, durch die das Papier erst in den Verkehr gelangt, war er laut Urkunde jedem Inhaber zur Leistung verpflichtet. Wer Eigentümer war, konnte und brauchte er nicht wissen; **Gläubiger** war **nur** der Inhaber. Denn das Inhaberpapier

---

[1]) Frank[4], Komm. z. StGB., S. 256, dolus.

„ist diejenige eigentümliche Gestalt der Obligation, in „welcher das obligatorische Verhältnis nach einer „Seite hin nicht an eine individuell bekannte Per-„sönlichkeit angeknüpft wird, sondern vielmehr an „eine allgemeine Eigenschaft (die Inhabereigen-„schaft), die gleich anfangs in ganz verschiedenen Per-„sonen sich finden und im Laufe der Zeit durch ver-„schiedene andere Personen hindurch gehen kann[1])."

Daher konnte der nichtbesitzende Eigentümer eines Inhaberpapiers zu seinem Rechte nur kommen, solange die Urkunde noch bestand; denn da das Recht in der Sache verkörpert, das Papier Träger des Rechts war, ging die Forderung auch mit dem Papier unter.

War das Papier von dem Diebe etc., der es Dank seiner Innehabung als rechtmässiger Gläubiger präsentierte, durch Erfüllung der Leistung schon an den Schuldner zurückgelangt, so war das Wertpapier damit untergegangen. Der Schuldner war durch die Zahlung — wie auch nach heutigem Rechte — befreit; er musste sogar zahlen, denn der Inhaber war für ihn der einzige wahre, weil originäre Gläubiger.

Gelang es dagegen dem Eigentümer des Papiers, dieses spätestens im Augenblick der Präsentation mit Hilfe der Polizei wieder zu erlangen, so hatte er in diesem Moment durch die Besitzergreifung auch die Rechte aus dem Papiere und konnte das für den Dieb schon aufgezählte Geld für sich in Empfang nehmen. Kam er aber nur um Minuten zu spät, sodass die Übergabe des Papiers bereits erfolgt war, und der Dieb das Geld in Besitz genommen hatte, so war das Recht des Eigentümers untergegangen. Zwar war der Diebstahl etc. der Sache erwiesen, aber diese Sache bestand nicht mehr, wenigstens nicht als Wertpapier; als solches war sie durch die Einlösung untergegangen. Der Dieb etc. aber, der als einzig berechtigter Gläubiger aufgetreten war, der ein **wirkliches Recht aus** dem Papier, nicht etwa eine blosse Legitimation **durch** das Papier gehabt hatte, musste zwar wegen des Diebstahls der Urkunde bestraft

---

[1]) Savigny, Oblig.-R., Bd. II, S. 88.

werden, aber das Gläubigerrecht hatte er als Inhaber rechtmässig ausgeübt, und deshalb konnte ihm der Eigentümer der Sache nicht statt dieser das Geld evinzieren; denn es war zwar nicht ehrlich aber rechtmässig erworben.

So gestaltete sich wenigstens die Sache in der Theorie, wenn man die gegebene Definition des Papiers konsequent durchführte. Dass die Praxis damit nicht auskam und hier wie in anderen Fällen soviel Ausnahmen schuf, dass man den prinzipiellen Charakter des Papiers fast vergass, ist der Grund, weshalb Verf. in der Einleitung sagte, das reine Inhaberpapier habe de iure, aber nicht de facto bestanden.

Da das Gläubigerrecht mit dem Besitz entstand, verloren und unterging, hatte nach Untergang des Papiers der Eigentümer überhaupt keinen Titel; es war also gar kein anderer Forderungsberechtigter da, als der besitzende Nichteigentümer. Selbst wegen ungerechtfertigter Bereicherung hätte er billigerweise den Dieb nicht regresspflichtig machen können; denn da dem anderen jeder Rechtstitel auf die Forderung fehlte, hatte der unredliche Erwerber auch nicht „seine", d. h. des Papiereigentümers Forderung geltend gemacht; er hatte sich zwar tatsächlich, aber nicht vom Rechtsstandpunkt aus auf Kosten des Papiereigentümers bereichert.

§ 13.

Gegner der Annahme eines reinen Inhaberpapiers.

Nicht alle Theoretiker haben sich zwar der herrschenden Meinung damaliger Zeit, die im Inhaber den wirklichen Gläubiger des Schuldner sah, angeschlossen; die wenigen Vertreter einer anderen Richtung wollten aber immerhin den Inhaber doch legitimiert gelten lassen als den vermutlichen Gläubiger. So sagt z. B. Mittermaier, für den Inhaber spreche,

> „wenn er zur Verfallszeit den Betrag erheben will, die „Vermutung der Rechtmässigkeit des Besitzes." „Der „Besitz eines solchen Papieres legitimiert den Inhaber

„hinreichend bei der Erhebung des Geldes ad causam", wenn auch „der Besitz des Papiers keine unumstössliche „Präsentation gewährt[1])."

Ähnlich sagt Savigny[2]):

„Als wahrer Gläubiger ist allerdings der Eigentümer „des Papiers zu betrachten. Allein mit dem tatsächlichen „Besitz ist stets die Vermutung des Eigentums ver- „bunden."

Auch Renaud, Walter u. a. sprechen von einer Vermutung des Eigentums, die in der Detention liegen soll. Soweit diese Einschränkung einer blossen Vermutung nur zur Erklärung des Rechts des früheren Inhabers dienen soll, sein gegen seinen Willen entrissenes Eigentum zu vindizieren, und dem Schuldner nicht das Recht zustehen soll, selbständig diese Rechtsvermutung anzugreifen, lässt sich die hier vertretene Ansicht mit der Stellung, die die oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen dem Inhaber anweisen, in der Praxis wohl vereinbaren.

Nur zwei Vertreter der anderen Richtung müssen hier näher erwähnt werden; der eine, Stobbe, wegen seiner widerspruchsvollen Haltung, indem er seine eigene Ansicht vertritt, ohne die herrschende Meinung verwerfen zu können, der andere, Brunner, weil er vollkommen eigene Wege wandelt, die ihn von den sonstigen Opponenten der früher herrschenden Doktrin weitab und zu einer ganz eigenartigen Konstruktion der Inhaberstellung („Gläubigerrolle") führen.

In Gegensatz zu der vorhandenen Partikulargesetzgebung, wie der gemeinen Meinung, ohne diesen Gegensatz jedoch völlig durchzuführen, setzt sich Stobbe[3]), indem er sagt:

„Der Eigentümer, welcher sein Papier gegen seinen „Willen verloren hat, bleibt Eigentümer, aber er „ist **nicht Gläubiger,** so lange er nicht wieder in den „Besitz des Papiers gekommen ist . . ." aber:

---

[1]) Kuntze, a. a. O., S. 141.
[2]) Savigny, Oblig.-R., Bd. II, S. 135.
[3]) Stobbe, Dtsch. Priv.-R. III, S. 206.

„Der nichtbesitzende Eigentümer hat nicht die „Forderung, aber **ein Recht auf die Forderung.**"

Was Stobbe mit dieser äusserst subtilen Unterscheidung bezweckt hat, ist mir nicht ganz klar. Also der nichtbesitzende Eigentümer der Sache ist nicht Gläubiger der Forderung; denn Stobbe kann Gesetzgebung und gemeine Meinung doch nicht völlig ignorieren, nach denen eben der Inhaber Gläubiger, und sogar originärer Gläubiger ist. Mithin hat der Inhaber das Forderungsrecht und der Eigentümer des Papiers nicht einmal einen zivilrechtlichen **Titel,** aufgrund dessen er dem Inhaber das Forderungsrecht bestreiten könnte. Trotzdem aber hat er „ein Recht auf die Forderung"!

Noch weniger mit der tatsächlichen Rechtslage des **damaligen** Inhaberpapiers dürfte nach folgenden Äusserungen Brunners[1]) übereinstimmen:

„Während die Ausübung des Rechts nur den „Besitz des Papiers voraussetzt, fordert der Erwerb „des Rechts das Eigentum am Papier . . ."

Dies ist unbedingt unrichtig; und zwar in doppelter Hinsicht:

Erstens ist an den Besitz des Papiers das Gläubiger**recht,** nicht bloss die Ausübung desselben gebunden. Diese von Brunner geschaffene Unterscheidung widersprach direkt den damals geltenden Partikularrechten, wie Brunner wissen musste, und zu derselben Zeit, als er dies schrieb, war der Schweizer Entwurf — um von den anderen Entwürfen, die nicht Gesetz wurden, abzusehen — erschienen, dessen art. 851 kurz und klar lautete: „der jeweilige Inhaber **ist Gläubiger** der Forderung[2])." Wenigstens diesen mit allgemeinem Beifall begrüssten Entwurf, der bald darauf Gesetz wurde, durfte Brunner doch nicht so ohne weiteres beiseite schieben.

---

[1]) Brunner bei Endemann II, S. 207.

[2]) Vgl. oben § 11.

Zweitens hatte Partikulargesetzgebung und Doktrin schon zur Zeit des Dresdener Entwurfs als feststehenden Rechtsgrundsatz, der schon damals von der Kommission allgemein respektiert wurde, herausgebildet, dass ein Erwerb des Forderungsrechts überhaupt nicht stattfinde durch den redlichen oder unredlichen — Erwerb der Sache; dass vielmehr jeder neue Besitz ein originäres Gläubigerrecht entstehen lasse.

Es ist daher befremdlich, dass Brunner hier den reellen Boden allgemein gültiger Tatsachen verliess, ohne seine abweichende, rein persönliche Ansicht als solche zu kennzeichnen oder näher zu begründen.

Nicht minder auffallend sind die nachfolgenden Äusserungen:

„Derjenige, welcher Eigentümer des Papiers wird, „erwirbt das Recht aus dem Papier[1])“ (vgl. hierzu vorig. „Abschnitt).

Ferner ganz besonders:

„Da der Destinatär (!) der Leistung als solcher „nicht die Forderung, sondern nur die **Gläubiger-** „**rolle** (!!) hat, so kann etc.[2]).

„Der Destinatär vermag eine Forderung proprio „nomine geltend zu machen, welche nicht ihm „gehört, nicht einen Bestandteil seines Vermögens „bildet, sondern in bonis eines anderen ist[3]).

„Ebensowenig ist der Dieb, ist jeder unredliche Erwerber eines Inhaberpapiers Gläubiger geworden, obwohl er im Verhältniss zum Schuldner, dem „er das Papier präsentiert, **loco creditoris** (!) „steht[4]) . . .“

„**Nur** derjenige ist Gläubiger, der das Eigentum „an dem Papier hat[4]) . . .“

---

[1]) a. a. O., S. 207.
[2]) a. a. O., S. 162.
[3]) a. a. O., S. 162.
[4]) a. a. O., S. 163.

„Da der Gläubiger des Papiers zur Verwertung der „Forderung bedarf und somit die Forderung ohne das „Recht am Papier ein unverkennbares und daher wert- „loses Recht wäre, wenn ein anderer das Papier besitzt „oder den Besitz des Papiers jederzeit durch die ding- „liche Klage an sich ziehen könnte, so sind **die „Gläubigerschaft und das Eigentum am Papier,** „so lange letzteres existiert und nicht für kraftlos er- „klärt worden ist, **untrennbar miteinander ver- „bunden**[1])."

„Wie mit dem Besitz des Papiers die **Gläubiger- „rolle** des Destinatärs als **tatsächliches Verhält- „nis,** so ist mit dem **Eigentum** am Papier die „**wahre Gläubigereigenschaft** als **rechtliches** Ver- „hältnis verbunden . . . . Hat ein Dritter als legiti- „mierter Destinatär die einem anderen zustehende „Forderung geltend gemacht[2]), so kann dieser den „realisierten Wert von ihm beanspruchen[3])."

---

[1]) a. a. O., codem.

[2]) Anm. d. Verf.: Was er beim früheren Inhaberpapier deshalb konnte, weil er durch die Innehabung für den Schuldner der wahre Gläubiger war, der stets ein originäres Forderungsrecht hatte.

Wie damit Brunner seine Behauptungen vereinigen kann, ist mir unverständlich. Wenn der Eigentümer den Dritten (also den sogenannten Destinatär) beauftragte zur Einforderung der Leistung, so war dem Schuldner gegenüber der Dritte als Inhaber der einzige Gläubiger.

Den realisierten Wert konnte der Eigentümer höchstens auf Umwegen erlangen, indem er wegen des anvertrauten Papiers, also der Sache, die untergegangen war, auf Schadenersatz klagte, und den Wert der Sache in Höhe der einkassierten Forderung angab. Diese selbst aber war Eigentum des Präsentanten geworden; der Papiereigentümer hatte keinen Rechtstitel darauf — alles natürlich nur bei strenger Durchführung des theoretischen Standpunktes, den ich deshalb hier genau entwickele, um seine Unhaltbarkeit zu zeigen und darauf hinzuweisen, wie es kommen musste, dass die Praxis mit dem reinen Inhaberpapier nicht auskommen konnte, und es, bei Bestehenbleiben seiner gesetzlichen Definition, so ummodelte, dass es, wie ich in der Einleitung sagte, de facto eigentlich gar nicht zur Geltung kam.

[3]) a. a. O., S. 164.

Wie sehr alle diese Äusserungen mit den tatsächlichen Verhältnissen, mit den bestehenden Partikularrechten und der allgemeinen Meinung der Doktrin in Widerspruch standen, ergibt sich aus dem Vorhergehenden, sodass ich hier nicht nochmals darauf eingehe.

Wenn erste wissenschaftliche Grössen, wie Stobbe und Brunner, trotz der durch die Partikulargesetzgebung sanktionierten herrschenden Meinung, die dem Inhaber die Stellung des alleinigen und originären Gläubigers gab, den Versuch machten, ihm eine andere Stellung anzuweisen, so kann man nur annehmen, dass sie über die praktische Unmöglichkeit, ein reines Inhaberpapier in allen logischen Konsequenzen durchzuführen, sich klar waren, dass sie aber andererseits den schon bestehenden Unterschied zwischen Legitimations- und Inhaberpapier nicht verwischen wollten. So versuchten sie, einen Mittelweg einzuschlagen, ohne dass es ihnen gelang, ihre Theorie mit der gegebenen Rechtslage in Einklang zu bringen.

Dass meine Vermutung über die Beweggründe, die einige hervorragende Zivilisten zu ihrer merkwürdigen Stellungnahme gegenüber dem Inhaberpapiere veranlassten, nicht ganz aus der Luft gegriffen ist, scheint eine Bemerkung Stobbes anzudeuten[1]), der einer Darstellung dieser strengeren und logischeren Theorie vom Inhaberpapier hinzufügt, „dass die ausnahmslose Durchführung dieser Prinzipien weder der aequitas, noch den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht" — was m. E. nur für die Unmöglichkeit des ganzen Instituts, nicht aber für eine willkürliche Auslegung spräche — und dann Zeugnisse dafür anführt, dass da, wo das Gesetz nicht mit klaren Worten dafür eintrat, die Wissenschaft solche unbequeme Konsequenzen zu vermeiden suchte.

Das alternative Inhaberpapier, dem man später den Namen „Legitimationspapier" gab, ist ein Geschöpf der Praxis, hervorgegangen aus den Bedürfnissen des Verkehrs

---

[1]) Stobbe, Dtsch. Priv.-R. III, S. 207.

und ihnen stets vortrefflich angepasst, ohne dass die Theorie, „die mit ihm nichts anzufangen wusste“[1]), ihm etwas zu leide tat.

Erst als im 18. Jahrhundert Papiere mit reiner Inhaberklausel entstanden, die im Gegensatz zu den wenigen früheren Legitimationspapieren mit reiner Inhaberklausel, die man aufgefunden hat, nach ihrer Entstehung wirkliche „Inhaberpapiere“ im modernen Sinne des Wortes waren, Papiere, die aber trotzdem zunächst keinen anderen Zweck hatten, wie die Papiere mit der alternativen Klausel, nämlich **den Schuldner** von der den Verkehr erschwerenden Prüfung der Berechtigung der Präsentanten zu befreien, während dieser **auf Verlangen** des Schuldners den Erwerbstitel nachweisen müsste[2]), erst da hielt die Theorie ihre Zeit für gekommen und machte aus dem Jahrhunderte lang bewährten, von ihr aber völlig verkannten Verkehrsinstitut ein Rechtsinstitut, mit dem dann der Verkehr „nichts mehr anzufangen wusste“.

§ 14.

Kuntzes Theorie.

Derjenige, dessen Theorie des Inhaberpapiers sich noch am besten mit dem gesetzlichen Begriffe in Einklang hielt, war Kuntze. Allerdings da, wo es sich um die praktischen Rechtsfolgen seiner Theorie handelt, gibt auch er seine Ansichten über Natur und Rechtsstellung des Papiers preis, um, ebenso wie Gesetzgebung und Rechtsprechung, seine Lehre nicht mit den Verkehrsinteressen in Widerspruch zu bringen.

1. Zunächst bezüglich der Entstehung der Obligation[3]) nimmt er einen aktiven und passiven Mitwirkenden an, wobei nur der Ausdruck „passiv“ zu bemängeln ist; denn wenn Kuntze auch nicht, wie in vorliegender Arbeit geschieht, das

---

[1]) Kuntze, Inhaberpap., S. 56, 76.

[2]) So noch z. B. Müller, Suchay u. a.; vgl § 15 d. Arb.

[3]) a. a. O., S. 351.

Nehmen der Obligation **und** die Hergabe der Gegenleistung als charakteristisch für den zweiten Mitwirkenden erachtet, so ist doch auch das blosse Nehmen (z. B. der Diebstahl) der Obligation keine passive Tätigkeit. — Die Entstehung des Rechtsakts, sagt er weiter, werde durch alleinige Tätigkeit des aktiven Geschäftssubjekts vermittelt; das Hinzukommen des Passivwillens habe die Bedeutung einer Bedingung. Diese Bedingung voll zu erkennen, hindert ihn leider, sein Bestreben, an dem einseitigen Kreationsakt, seiner eigenen Erfindung, unbedingt festzuhalten, obwohl auch die wirkliche Bedingung, nicht diejenige, die er meint, sich sehr gut mit seinem einseitigen Verpflichtungswillen vereinen lässt (vgl. unten). — Sehr richtig fährt er fort[1]):

„Das Stadium des konzipierten Papiers, bevor es „emittiert ist, gleicht dem Auslobungsstadium, so lange „res integra ist . . . So lange niemand die Auslobung „berücksichtigt, so lange der Aussteller die Papiere in „seinem Portefeuille, oder auch in fremdem Depo„situm bewahrt schwebt noch die Bedingung, ist „nur die Möglichkeit einer Obligation erzeugt, die „öffentliche oder schriftliche „Ankündigung" ist noch „nicht zur juristischen Wirksamkeit gelangt."

„Die zwei Stationen . . . schlechthin als Aus„fertigung, Besitzerwerb bezeichnet, gestalten sich „jetzt . . . zu dem Charakterbilde eines einseitigen „Rechtsgeschäfts[2])."

„Im Allgemeinen ist bemerkbar, dass die Tendenz „dahin geht, den Verkehr mit Inhaberpapieren . . . „soviel wie möglich zu erleichtern, d. h. den Inhaber „als solchen sicher zu stellen; namentlich lassen sich „die Vindikationsbeschränkungen nur von diesem „Standpunkte aus begründen . . . . Dieser Verkehrs„erleichterung entspricht nun die Auffassung des „Emissionsaktes als einseitigen Rechtsgeschäfts ganz

---

[1]) a. a. O., S. 359.
[2]) a. a. O., S. 362.

„besonders. Die hauptsächlichste Folge daraus für „den Verkehr besteht nämlich darin, dass das ein- „mal ausgefertigte (kreierte) Papier gilt, und den Kreator „verpflichtet, sobald es in fremde Hände und Verkehr „gelangt, auch wenn dies nicht durch eine eigentliche „Emission, d. h. durch Tradition oder Übersendung, kurz „nicht unter vertragsmässigem Beitritt eines, des ersten, „Nehmers erfolgt wäre[2])."

Hierfür spreche die utilitas commercii (!), da sonst der Kredit dieser Papiere geschmälert würde. Ebenso seien Gründe der Billigkeit vorhanden, den Aussteller, der sich selbst schützen könne, weniger zu berücksichtigen, als den Gläubiger.

„Dem Papiere lässt sich nicht ansehen, ob es dem „Aussteller wider seinen Willen vor der Emission ab- „handen gekommen . . . sei."

„Ist das Papier . . . kreiert, so ist sein (des Aus- „steller) Verpflichtungswille ausgedrückt, sein Schuld- „wille objektiviert, und darum auch für jeden Dritten „vorhanden, welcher in einem durch das Papier ver- „mittelten Bezug zu ihm gelangt[1])."

Das hiernach in der Kreation liegende Risiko nehme der Kreator stillschweigend auf sich.

Kuntzes Annahme bezüglich einer Mitwirkung von zwei Personen bezw. von zwei verschiedenen Akten bei Entstehung der Obligation ist ganz richtig, und obwohl das zunächst auf einen Vertrag zu deuten scheint, lässt es sich doch auch mit der Kreationstheorie Kuntzes vereinigen, wenn man einen Punkt berücksichtigt, den Kuntze selbst ganz vernachlässigt hat. An sich ist es für die Rechtsstellung des Inhaberpapiers ziemlich unwesentlich, ob man Vertrags- oder Kreationstheorie annimmt; ich komme auch lediglich wegen der im heutigen § 794 [1] BGB. verewigten analogen Bestimmungen des 1. Entwurfs zum BGB. und des Dresdener Entwurfs hier darauf zurück. Die Vertrags- wie die Kreationstheorie haben ja beide

[1]) a. a. O., S. 372.
[2]) a. a. O., S. 373.

ihre Schwächen und Vorzüge. Nicht mit Unrecht hebt Kuntze[1]) hervor, dass ein Vertrag mit einer persona incerta eigentlich eine contradictio in adiecto sei, weshalb ja auch Savigny[2]) die Zulässigkeit vom Standpunkt des gemeinen Rechts überhaupt leugnet, um dann die Urkunde als verkörperte Obligation in den Übertragungsformen des Sachenrechts für veräusserbar zu erklären[3]). Tatsächlich lag aber ein solcher Vertrag cum incerta persona für den **Aussteller** gar nicht vor. Die Obligation war äusserlich allerdings fertig, ebenso wie die Ware, die im Laden zum Verkauf liegt. Aber wie hier der Leistungsvertrag erst zustande kommt, wenn der Käufer den Preis bezahlt oder kreditiert bekommt, so wurde dort der Verpflichtungsvertrag erst vollendet, wenn der andere Kontrahent die „Bedingung" erfüllte, an die die Gültigkeit der Obligation, der Wille des Ausstellers, sich zu verpflichten, geknüpft war.

Diese Bedingung ist aber **nicht,** wie Kuntze sagt, das Nehmen der Urkunde, wenigstens nicht das Nehmen allein. Kuntze selbst sagt in nachfogelndem Satze[4]) zu Anfang etwas ganz anderes als am Schluss:

> „Die Emission wird perfekt durch das Nehmen
> „des Papiers; kraft seines Schriftwortes ist der Aus-
> „steller verpflichtet, sobald jemand im Stande ist, die
> „Bedingung der Einlösungszusage zu erfüllen."

Aber Kuntze kann doch unmöglich denken, die vom Aussteller gesetzte Bedingung, liege einfach im Nehmen des Papiers. Der Theaterdirektor, der seine Billets drucken liess, legt sie doch nicht in der Kasse nieder, damit jeder eintritt und sich ein Billet nimmt, womit nun die Bedingung der Einlösungszusage erfüllt ist und er dem Nehmer eine Theatervorstellung zu leisten hat. Sondern die Bedingung, die er an seine in dem Billet ausgedrückte Leistungszusage knüpft, ist die, dass der Nehmer den aufgedruckten Wert dieser Leistung

---

[1]) a. a. O., S. 356.
[2]) Savigny, Oblig.-R. II, 94.
[3]) a. a. O., S. 100.
[4]) a. a. O., S. 352.

durch eine entsprechende Gegenleistung erwirbt. Das Inhaberpapier ist also noch gar kein Inhaberpapier, sondern der Aussteller selbst drückt in ihm den Willen aus, mit einer zwar unbekannten, aber nicht unbestimmten Person, nämlich derjenigen, die die Gegenleistung für die versprochene Vorstellung und den versprochenen Platz leisten will, durch diese Gegenleistung unter Übergabe des Verpflichtungspapiers einen Vertrag auf Leistung des in der Urkunde versprochenen einzugehen. Jetzt erst, in der Hand dieses ersten Inhabers wird nun die Leistungsurkunde zum Inhaberpapier. Aufgrund dieses Vertrages, der nun erst perfekt geworden ist, hat sich der Aussteller verpflichtet, ohne Rücksicht auf seinen sonstigen Rechtstitel, dem Inhaber, gleichviel, ob dies derjenige ist, mit dem er den Vertrag schloss, oder ein anderer, die in der präsentierten Urkunde versprochene Leistung zu geben. Er schliesst also nicht mit einer persona incerta einen Vertrag, sondern er verpflichtet sich, durch Vertrag cum persona certa, sed ignota, dieser gegenüber, nachdem sie den Vertrag durch ihre Leistung und Übergabe des Papiers perfekt gemacht hat, seine Gegenleistung, deren urkundliches Versprechen er zunächst dieser bestimmten Person übergibt, die versprochene Gegenleistung an jeden zu leisten, der das Papier inne hat.

Man sieht also, dass nach dieser Vertragstheorie auch die Entstehung des Inhaberpapiers ziemlich ebenso verläuft, wie beim Legitimationspapier. Denn, wenn Müller 1000 Mark an die Sparkasse zahlt und dafür in einer Urkunde (Sparkassenbuch) das Versprechen erhält, dass die Kasse ihm oder dem sonstigen Präsentanten jederzeit sich verpflichtet, die erhaltene Urkunde wieder mit 1000 Mark (plus Zinsen) einzulösen, so ist das ebensogut, als wenn Schulze beim Emissionshause Bleichröder gegen Übergabe von 1000 Mark sich eine dreiprozentige Reichsobligation kauft, in der sich das Reich verpflichtet, dem Präsentanten 1000 Mark am Fälligkeitstage zu zahlen. Das Reich schliesst auch hier — soweit man nicht schon einen Vertrag mit dem Emissionshause annehmen will, wo sich dann zwei bestimmte **und bekannte** Rechtssubjekte zum Vertrage vereinigt hätten — mit

einer bestimmten, wenn auch unbekannten Person einen Vertrag, der erst durch Leistung des Schulze perfekt wird, und dieser Vertrag erst lautet dahin, dass es dem Reiche, nach dem jetzt die Gegenleistung erfüllt ist, von nun an gleichgültig sein soll, an wen es die versprochene Leistung leistet, wenn er nur die Urkunde besitzt, durch deren Übergabe das Reich demjenigen gegenüber, der ihm die 1000 Mark zahlte, sich verpflichtete, an jeden Inhaber die beurkundete Gegenleistung zu zahlen.

Es ergibt sich von selbst, dass aus dieser Vertragstheorie nie gefolgert werden kann, der Aussteller selbst könne vor Empfang der Gegenleistung des anderen Kontrahenten zur Leistung des in der äusserlich perfekten Urkunde Versprochenen verpflichtet werden. Denn der Vertrag wird zuerst perfekt, indem beide Teile ihn erfüllen, indem also der eine Kontrahent das beurkundete Leistungsversprechen übergibt und der andere die dafür verlangte Gegenleistung, den Wert, den Preis dieses beurkundeten Versprechens hergibt. Wenn daraus für den Verkehr sich unleidliche Zustände ergeben, so dürfte doch nicht einfach dem Rechte selbst Gewalt angetan werden, wie man etwa ein Stück Wachs beliebig knetet, bis es die gewünschte Gestalt annimmt, sondern der Gesetzgeber muss sich das ganze Rechtsinstitut darauf ansehen, ob es sich den Verkehrsinteressen gegenüber halten lässt. Gewiss ist das Recht der Menschen wegen da und nicht umgekehrt, aber daraus folgt noch nicht, dass man Rechtsregeln und Rechtsinstitute aufstellt und sie bald so, bald so anwendet, wie es das Bedürfnis des täglichen Lebens fordert, sondern der Satz hat nur insoweit Geltung, als man dasjenige positive Recht das sich mit den allgemeinen Interessen nicht vereinigen lässt, aufheben, in diesem Fall also das ganze Inhaberpapier beseitigen musste.

Leider ist die Haftung des Schuldners für wider seinen Willen in Verkehr gelangte Inhaberpapiere jedoch auch in das BGB. übergegangen.

Kuntze nun folgt nicht dieser Vertragstheorie, sondern er schuf die Kreationstheorie. Welche von beiden Theorien vorzuziehen ist, will ich hier nicht erörtern. Er

verteidigt trotz seiner Annahme von zwei Mitwirkenden, trotz der „zwei Stationen", die erst zusammen das Rechtsgeschäft bilden — Ausfertigung und Besitzerwerb — seine Behauptung, dass das Inhaberpapier die Schöpfung eines einseitigen Willensaktes sei. Indem er nun aber zu den praktischen Folgen dieses Willensaktes übergeht, behauptet er, dass das einmal ausgefertigte Inhaberpapier den Kreator verpflichte, auch wenn er auf eine „nicht vertragsmässige unbeabsichtigte Inumlaufsetzung" sich berufen könne. Das Wort „nicht vertragsmässig" ist ihm wohl unbeabsichtigt aus der Feder geflossen und zeigt, dass er sich über die Folgen seiner Kreationstheorie selbst nicht ganz klar war. Denn mit der richtig aufgefassten Kreationstheorie, soviel sich auch gegen sie sagen liesse, lässt sich die Meinung, dass der Aussteller, der die eigene Obligation, die noch nicht ausgegeben ist, unfreiwillig verliert, nie aus ihr verpflichtet wird, sehr gut herleiten.

Was ist denn der einseitige Wille des Ausstellers, den er in der Urkunde bekundet? Der Wille des Ausstellers ist in der Regel, gegen die Urkundsverpflichtung zu einer späteren Leistung sich jetzt eine andere Leistung zu verschaffen. Dieser Wille ist aber in der Urkunde nicht beurkundet, ebensowenig, wie man in ein Geschmeide einritzen wird: „Dies Geschmeide ist gegen Zahlung von 15,000 Mark verkäuflich"; das tut man nicht, denn der Wille ist selbstverständlich; es kommt also, trotzdem davon bei der Ausstellung des Objekts im Laden nichts hinzugefügt ist, der Kauf erst zustande, wenn der Käufer dem Verkäufer 15,000 Mark zahlt Ebenso soll selbstredend das Inhaberpapier trotz äusserer Vollendung nicht den Aussteller verpflichten, so lange der Wille des Ausstellers sich nicht mit dem Inhalt der Skriptur deckt. Wird der Wille des Ausstellers, dessen Folge die Ausstellung des Papiers war, erfüllt, indem man ihm einen Gegenwert gibt, zu dessen Erlangung er sich des für später fälligen Versprechens bedient, dann erst ist die Obligation vollendet, dann ist Wille und Erklärung eins; der Aussteller hat die gewünschte Leistung, die Voraussetzung seines Verpflichtungswillens war, und nun erst geht sein Wille nur auf das,

was in der Verpflichtungsurkunde steht, jetzt erst decken sich Wille und Erklärung. Es ist die Bedingung also nicht, wie Kuntze sagt, durch das Erscheinen desjenigen erfüllt, der die Obligation nimmt, sondern dadurch, dass der Empfänger des einseitigen Willensaktes die Bedingung der Gegenleistung erfüllt, an die der Aussteller des Papiers diesen einseitigen Willensakt geknüpft hat. Was nun weiter mit dem Papier geschieht, das von jetzt ab wie eine Sache behandelt wird, interessiert den Aussteller nicht mehr, der sich jetzt wirklich durch einseitigen Willen gebunden hat, nämlich durch den Willen, an jeden zu zahlen, der präsentiert. Es liegt **kein** Irrtum im Motive in dieser Erklärung vor, denn so lange sie nicht ausgegeben ist, ist sie ja noch gar keine Willenserklärung. Sie wird vielmehr erst dann eine solche, wenn die selbstverständliche Voraussetzung erfüllt ist. Irrtum im Motiv läge vor, wenn der Aussteller in der irrigen Annahme, jemand etwas schuldig zu sein, diesem ein Inhaberpapier übergibt, da er zur Zeit ausser Stande ist, seine imaginäre Schuld zu begleichen. Hier deckt sich Wille und Erklärung, wenn auch der Wille auf falschen Voraussetzungen beruht. Aber beim Inhaberpapier ist der Wille der, sich zu verpflichten, sobald er auf den Verpflichtungsschein den gewünschten Kredit oder die sonstige Gegenleistung erhielt, deshalb ist hier die Obligation tatsächlich erst vollendet, wenn die Voraussetzung aufgrund der Gegenleistung vollendet ist. Es wäre ja sonst ebenso, als wenn dem Aussteller einer quittierten Rechnung, die der Schuldner findet oder wegnimmt, ehe sie ihm präsentiert wird, letzterer in der Klage den Einwand machte, die Rechnung sei ja quittiert, also des Gläubigers Wille sei dahin gegangen, dass Schuldner von der Schuld befreit sei! Hier wie dort ist aber der einseitige Willensakt nicht durch Vollendung der Erklärung beendet, sondern dadurch, dass der Wille und die Erklärung sich decken.

Es lässt sich also auch mit der Kreationstheorie vermeiden, zu so gewundenen Folgerungen zu kommen, wie Kuntze, der seine Entstehung der Obligation anfänglich recht verständig begründet und dann aus der Rolle fällt, um mit einer „utilitas commercii“ und der Rücksicht auf die Billigkeit

gegenüber dem Inhaber — für den Aussteller kennt er keine Billigkeitsrücksichten — den Wünschen der Praxis zu folgen. Ich glaube sogar, dass er mit seinem „Willen des Ausstellers" absichtlich aus der Rolle fällt, um die praktischen Folgen nicht ziehen zu müssen, die seiner Ansicht nach ihn mit dem Verkehrsbedürfnis in Konflikt bringen könnten. Denn es kann doch nicht sein Ernst sein, wenn er sagt[1]):

„so lange er (der Aussteller) die Urkunde in seinem „Portefeuille hat, ist seine voluntas nicht fixiert, die „voluntas wird aber gebannt, sobald ein Gläubiger „existiert, und die Gläubigerschaft ist unmittelbare „Folge des Papierbesitzes."

Sehr richtig sagt im Gegensatz hierzu Unger[2]):

„Es spricht eine rechtliche Vermutung dafür, „dass der erste Inhaber des Papiers dasselbe durch „einen Begebungsvertrag erhalten habe. Diese Ver- „mutung kann der Aussteller des Papiers durch Gegen- „beweis entkräften, indem er nachweist, dass der erste „Inhaber des Papiers dasselbe **nicht** durch einen „Begebungsvertrag erhalten habe, dass also z. B. das „Papier ihm gestohlen worden sei, dass es vom Winde „entführt und dann von einer Person auf der Strasse „aufgehoben worden sei u. ff."

Nur ausnahmsweise hafte der Aussteller dem gutgläubigen Dritten, wenn er selbst den Verlust verschuldet habe. Letztere Ausnahme leugne ich de lege ferenda natürlich auch, und erachte die von Unger dafür angeführten Verkehrsrücksichten für einen nicht ausreichenden Grund.

Wenn er eine angebliche Rechtsvermutung, dass ein Begebungsvertrag vorliege, durch Gegenbeweis für entkräftbar hält und dann trotz des Gegenbeweises, der doch ein **imperfektes** Geschäft nachweist, dieses für einige Leute unter Umständen als perfekt gelten lassen will, so kann ich dem nicht beipflichten.

---

[1]) a. a. O., S. 351.

[2]) Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 125.

2. Nach der damaligen Stellung, die s. Zeit das Inhaberpapier gesetzlich laut Definition seinem Inhaber gab, bildet das, was Kuntze über die Stellung des Inhabers sagt, indem es sich mit der gesetzlichen Definition des Inhaberpapiers deckt, einen erfreulichen Gegensatz zu den Theorien Brunners u.a.m. Denn Kuntze fragte in seiner theoretischen Feststellung der Rechte des Inhabers wenig nach den sittlichen Bedenken anderer, die gern verhindern wollten, dass dem Dieb die Früchte seines Delikts zugute kämen, hierzu aber den falschen Weg einer erkünstelten Auslegung einschlugen. Kuntze hielt sich vielmehr genau an den Begriff des Inhaberpapiers, wie er im Gesetz aufgefasst ist, und erklärte demgemäss:

„Mit dem Papier erwirbt ipso iure jeder Nehmer „zugleich die Obligation und nur vermittels des Papiers „wird er Gläubiger[1]) . . . nur als Besitzer, aber auch von „selbst und ohne Weiteres als Besitzer ist er Forderungs-„berechtigter; weil und indem er den Besitz am Papier „und hiermit zugleich die actio, die jenem einverleibt ist, „hat, hat er auch das Recht aus dem Papier. Der „Papierbesitzerwerb ist rechtliche Voraussetzung des „Obligationserwerbs und dieses ist rechtliche Folge von „jenem."

Der Unterschied, den er zwischen possessio und detentio macht, ist sehr überflüssig, denn hier handelt es sich nur um redlichen oder unredlichen Erwerb, und der detentor an sich hat überhaupt keine Erwerbsabsicht; der detentor aber, der den animus sibi habendi hat, ist eben possessor.

„Dagegen trage ich kein Bedenken, jeden wirklichen „Besitzer als wirklichen Gläubiger gelten zu lassen, sei „es, dass der Besitz redlich oder unredlich, recht-„mässig oder unrechtmässig erworben. . . . Der Dieb, „der Räuber, der . . . unterschlagende Finder ist Be-„sitzer des Papiers, er hat . . . Besitz, und dieser . . . „verschafft die Forderung[2]). Freilich ist ihm (dem In-„haber) die Forderung von zweifelhaftem Werte, da er

---

[1]) a. a. O., S. 300.
[2]) a. a. O., S. 303.

„nur Besitzer, nicht Eigentümer . . . der Vindikation . . .
„ausgesetzt bleibt, wodurch ihm das Papier und mit dem
„Papier auch die Forderung wieder entzogen werden kann.
„Allein, so lange er den wirklichen Besitz hat, bleibt
„er wirklicher Gläubiger, kraft dieser Gläubigerschaft
„kann er Einlösung vom Aussteller fordern, dieser ist
„ihm als Schuldner verbindlich und kann sich regel-
„mässig der Einlösung nicht entschlagen[1]).

Soweit hält sich Kuntze genau an die gesetzliche Definition des Papiers; leider aber folgt er auch weiter den partikularrechtlichen Bestimmungen mit ihren Inkonsequenzen, und da er als Darsteller der Theorie nicht einfach, wie der Gesetzgeber, Bestimmungen treffen kann, sondern die Bestimmungen anderer begründen will, so muss er von nun an ebenfalls seine Zuflucht zu gekünstelter Auslegung nehmen. Um dies zu können, greift er zu einer Erklärung, die zwar etwas besser ist, als die „Gläubigerrolle" und sich mit den oben angeführten Zitaten nicht in Widerspruch setzt, andererseits aber ihm zur Begründung der Gesetzbestimmungen teilweise dient, in denen sich das Gesetz aus praktischen Gründen mit seiner Definition in Widerspruch setzt. Er erklärt nämlich[2]):

„Die Obligation wird dem Papiere (für seine Lebens-
„dauer) einverleibt, so dass die Obligation im
„Papiere **symbolisiert** und dieses zum Organe
„jener erhoben wird . . . Dass ferner Papier und
„Obligation zusammen in betracht kommen und eine
„höhere Kunsteinheit bilden, die aber weit entfernt ist,
„in fiktiver Identifizierung zu bestehen; dass folglich
„jener organische Zusammenhang des Einverleibtseins
„nicht zur Nullifizierung des einen oder anderen führt,
„sondern einen Gesamtorganismus herstellt, welcher
„ein einseitiges Leben führend gemeinsame Wir-
„kungen hervorbringt."

---

[1]) Kuntze, Inhaberp., S. 304.
[2]) a. a. O., S. 378.

Mit dieser Symbolisierungstheorie gelingt es Kuntze vor allem, die Mortifikation des Inhaberpapiers, deren Unvereinbarkeit mit der von ihm selbst bisher gemäss den gesetzlichen Definitionen des Papiers entwickelten Rechtsstellung des Inhabers er sehr wohl einsieht, zu begründen. So sagt er[1]):

„es sei noch ein besonderer dogmatischer Gesichts-
„punkt ins Auge zu fassen, welcher auffordert, uns
„nach einem Standpunkt umzusehen, auf welchem das
„Abhandenkommen des Papiers nicht ohne weiteres und
„schlechthin als Obligationsverlust wirkend gilt. Ich
„meine den Fall der Mortifikation des Papiers . . .
„Hier möge nur die Bemerkung Platz finden, dass, falls
„wirklich das Abhandenkommen des Papiers schlechthin
„Verlust der Obligation nach sich zöge, das ganze
„Mortifikationsinstitut in direktem Widerspruch zu dem
„Grundwesen unseres Instituts träte uud als eine gross-
„artige Ausnahme, durchaus nur durch äusserliche utili-
„tatis ratio motiviert erschiene."

Kuntze ist sich also selbst darüber klar: Die von ihm streng nach der gesetzlichen Definition wiedergegebene Rechtsstellung des Inhabers verträgt sich in ihren Folgerungen nicht mit anderweitigen gesetzlichen Bestimmungen, in denen das Gesetz ohne Rücksicht auf seine selbstgegebene Definition das Institut der Inhaberpapiere den wirklichen oder vermeintlichen Interessen des Verkehrs adaptiert, und Kuntze, statt nun aus den entwickelten Grundlagen seine Folgerungen zu ziehen und daraus seine selbständige Theorie eines reinen Inhaberpapiers voll zu entwickeln, aus der er zu der bestimmten Behauptung der Inkonsequenz der bisherigen Gesetzgebung und möglicherweise zum Verlangen der Aufhebung des ganzen Instituts gekommen wäre, bleibt in der Mitte stehen, sieht, dass er Anfang und Ende nicht logisch vereinigen kann und erfindet schnell die Symbolisierungstheorie, nach der Papier und Obligation bald eins sind, bald getrennt, wie es die Sachlage grade fordert. Daher[2]):

---

[1]) a. a. O., S. 309.
[2]) a. a. O., S. 720.

„Die prinzipielle Zulässigkeit der Mortifikation bei „Inhaberpapieren anlangend, so kann sie von allen „denen, welche nicht die Obligation mit dem „Papiere identifizieren, nicht bestritten werden. Da „ich nun eine blosse Ineinanderbildung und „keinen unlöslichen Zusammenhang zwischen „beiden Elementen annehme, da ich ferner den Ver- „lust der Obligation keineswegs an den Verkehr des „Papiers knüpfe, vielmehr nur den Besitzerwerb seitens „eines anderen bewirkt werden lasse: so besteht für „mich **kein** Hindernis, die Mortifikabiltät als „verträglich mit dem Wesen des Inhaberpapiers „anzusehen."

So zeigt sich also, dass auch Kuntze kein Ganzes zustande bringen kann. Er entwirft zunächst gediegene Grundlagen, auf denen, wie man denkt, sich notwendig das streng logisch ausgebaute Institut des reinen Inhaberpapiers erheben wird. Aber unterwegs verliert er den Mut; wo soviel andere anders bauten, und ihn seine bisherige Stütze, das Gesetz selbst, verlässt, wagt er es nicht, seinen eigenen Weg zu gehen und so blieb denn auch seine Theorie nach schönen Anfängen zu selbständiger Entwickelung in den Fehlern stecken, die der bisherigen Doktrin wie den Partikulargesetzen anhafteten. Immerhin war er wenigstens des rechten Weges sich bewusst, und deshalb bin ich auf ihn näher eingegangen, um zu zeigen, wie Doktrin und Gesetzgebung sich gegenseitig im Wege standen, und die Rücksicht der einen auf die andere schliesslich beide verwirrte.

IV. Geschichte des Inhaberpapiers.

§ 15.

Entwicklung des Inhaberpapiers.

Wie und aus welchen Gründen ist man aber zu einem so vieldeutigen unklaren Institut überhaupt gekommen?

Die bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts auftretenden fälschlich sogenannten Inhaberpapiere sind sämtlich, sowohl nach der Art der Entstehung des Obligationsverhältnisses, wie nach ihrer Rechtsstellung als den heutigen eigentlichen Legitimationspapieren entsprechend aufzufassen. Erst Ende des 18. Jahrhunderts schuf die Praxis zunächst Papiere, die wenigstens ihrer Entstehung nach als reine Inhaberpapiere anzusprechen sind, insofern der Inhaber nicht mehr neben dem benannten Gläubiger erwähnt wird, sondern als ausschliesslicher Forderungsberechtigter aufgeführt ist. Hier wird also die schon vollzogene Beurkundung eines Leistungsversprechens jedem Beliebigen angeboten, der den Wert der versprochenen Leistung bezahlen will. Aber dieses echte Inhaberpapier wird zunächst garnicht anders rechtlich behandelt als die anderen Papiere, die man bisher schon Inhaberpapiere wegen ihrer alternativen Inhaberklausel nannte, während sie nach unserer heutigen Terminologie Legitimationspapiere waren. Erst zu Anfang des 19. Jahrhunderts wurde von Kees[1]) hervorgehoben, dass das reine Inhaberpapier andere Rechtwirkungen habe als das Namenspapier mit beigefügter Inhaberklausel, und erst mit Beginn dieser Erkenntnis fingen Theorie und Gesetzgebung an,

---

[1]) Kees, Quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur. Lips. 1808. Diss. S. 16, 17 u. 20.

beide in einen Gegensatz zu bringen, den man vorher nicht gekannt hatte und der nachher, seit Erhebung des alten HGB. zum Recht des neuen Reiches, wieder gegenstandslos wurde. Nun zog auch die Gesetzgebung die in dem Worte „Inhaber" ohne Hinzufügung eines bestimmten ersten Gläubigers liegenden Consequenzen und schuf ein wirkliches Inhaberpapier. Aber das Bedürfnis der Praxis war zu mächtig, um die consequente Durchführung des neuen Rechtsbegriffs gegenüber allen möglichen Rechtslagen zu gestatten. Mochten indessen die dem Verkehrsbedürfnis zuliebe gemachten Ausnahmen das strenge Prinzip des Inhaberpapiers als Concessionen an die Praxis durchbrechen, die mit dieser neuen Schöpfung sonst nicht hätte auskommen können; mochten sie de facto den Begriff des Inhaberpapiers aufheben oder seinen Zweck illusorisch machen, de iure gab damals ein Inhaberpapier, dessen Inhaber durch seine Inhaberschaft originärer Gläubiger war und es auch dann blieb, wenn er das Papier gestohlen oder auf sonstige unredliche Weise erworben hatte. Denn nur die Innehabung, ohne Rücksicht auf den Erwerb macht zum wahren Gläubiger: so lautete damals die gesetzliche Definition, und an dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung scheiterten alle Einwände der Logik, dass durch Sperrung, Amortisation etc., die doch gleichfalls auf Gesetz beruhten, der ursprüngliche Begriff ja Zweck und Halt längst verloren habe. So lange der Begriff gesetzlich festgelegt war, hatte die Theorie nur die Aufgabe, alle Ausnahmen, die das Rechtsprinzip des Inhaberpapiers, den singulären Schutz seines Inhabers, aufhoben, trotzdem mit der Rechtsnatur des Papiers, so gut es eben ging, in Einklang zu bringen. Auch die art. 306 und 307 des HGB. brachten hierin zunächst keine Änderung. Erst als dieses partikularrechtlich bisher acceptierte HGB. als erstes Reichsgesetz des neuen Reiches im Jahre 1871 Geltung erhielt, hätte man aus Recht und Logik wieder eine Rechtslogik machen können. Denn da dieses neue Reichsrecht nicht alle Partikularrechte, sondern auch das alte Reichsrecht, soweit es ihm entgegenstand, beseitigte, **hätte** man aus dem Unterschied, den dieses HGB. — wie übrigens schon längst auch viele Partikularrechte —

zwischen redlichem und unredlichem Besitzer machte, die Folgerungen **jetzt** ziehen dürfen, die nun mit einem Schlage die bisherige Inhabertheorie und damit das Inhaberpapier überhaupt beseitigen konnten. Es ist dies nicht geschehen; aber die Tatsache, dass weder Theorie noch Praxis schon damals diese selbstverständlichen Schlüsse zogen, kann nichts ändern an der andern Tatsache, dass seit 1871 für Deutschland das Wort „Inhaberpapier" keinen konformen Begriff mehr deckte.

III. Dies zu beweisen, ist der Zweck der nachfolgenden geschichtlichen Skizze.

„Das Inhaberpapier lässt sich bis ins neunte Jahr-
„hundert verfolgen", behauptet Brunner[1]). Er fügt vorsichtigerweise hinzu: „Nicht bloss obligatorische An-
„sprüche, sondern beispielsweise das mundium, eventuelle
„Weggeldansprüche, erbrechtliche Befugnisse werden in
„Inhaberpapieren verbrieft. Die umfassendste Anwendung
„fanden die Inhaberklauseln in fränkischer Zeit bei dem
„Versprechen einer auf den Vertragsbruch gesetzten
„Konventionalstrafe"[2]).

Wenn man aber das Inhaberpapier heutiger Zeit historisch verfolgen will, so kann das doch nur den Zweck haben, festzustellen, wann der Begriff, den wir heute damit verbinden, zuerst sich in dem Worte „Inhaber" bei früheren Geschlechtern verkörperte, nicht aber, lediglich als Philologe, in alten Urkunden zu suchen, ob nicht irgendwie das Wort „Inhaber", gleichviel in welchem Zusammenhange, sich auffinden lässt, und derartige Urkunden dann als „Inhaberpapiere" zu klassifizieren, ein Wort, das überhaupt erst im 17. Jahrhundert in Frankreich auftauchte (billet payable au porteur). Trotz der weiten Auslegung, die Brunner dem Worte Inhaberpapier gibt, hat er nur vier Urkunden, die angeblich die reine Inhaberklausel tragen sollen, anführen können[3]).

---

[1]) Brunner bei Endemann, S. 196.
[2]) a. a. O., eod.
[3]) Ztschr. f. HR., Bd. 22, S. 505 ff.

Der erste Fall ist folgender: Eine Witwe hat ein Testament gemacht, das die Kinder unterschrieben haben, und das der Priester als Unparteiischer und Leiter der Verhandlung an sich nimmt. In dem Testament steht die Schlussbestimmung, dass derjenige, der trotz der Unterschrift später das Testament angreift, an den Testamentsvollstrecker, oder, wie die Urkunde sagt, an den „homo, aput quem iste scriptus paruerit" ein bestimmtes poenale zahlen soll. Die anderen drei Fälle sind gleicher Art. Als „Inhaberpapier" kann man aber doch nur eine Urkunde bezeichnen, die dem modernen Begriffe „Inhaberpapier" entspricht, da man in früherer Zeit das Wort nicht kannte und daher auch nicht einen eventuell anderen Begriff damit verbinden konnte. Diesem modernen Begriffe entsprechen aber die angeführten Urkunden keineswegs, sodass m. E. Brunner der Nachweis des Vorhandenseins wirklicher Inhaberpapiere im Mittelalter nicht gelungen ist.

Auch Duncker[1]) kann nur eine einzige Urkunde mit reiner Inhaberklausel anführen, von der er selbst zugibt, dass sie für die „Schuldverhältnisse des bürgerlichen Verkehrs" gar nichts beweist[2]). Er sagt[3]):

„In allen diesen Urkunden ist der Inhaber neben „einer bestimmten Person erwähnt; dagegen scheinen „diejenigen Verbriefungen, welche einzig und „allein auf den Vorzeiger lauten, der Zeit, von „welcher hier die Rede ist, (14. und 15. Jahr-„hundert) **gänzlich fremd** zu sein. Mir ist nur eine „einzige Urkunde vom Jahre 1378 vorgekommen, welche „für das Gegenteil angeführt werden könnte."

In dieser Urkunde verspricht ein Münchner Prior einer Frau, dass er „oder unser nachkomen" ihren „Jartag" feiern wollen, wofür eine Conventionalstrafe festgesetzt wird.

„und wer dann den brief ynn hat dar zu sy uns „met wingen mogen mit geystlichen rechten."

---

[1]) Duncker, Über Papiere auf den Inhaber in Ztsch. f. Deutsches Recht, Bd. V.

[2]) a. a. O., S. 35.

[3]) a. a. O., S. 34.

Da Duncker selbst gegen diesen „Inhaberbrief“ grosse Bedenken hat, erwähne ich nur, dass er im Sinne vorliegender Arbeit historisch gar nicht zu verwerten ist, ebensowenig wie die Brunner'schen Urkunden.

Endlich glaubt Stobbe[1]) in einer Anweisung, nach der von der Stadt Köln „exhibitori presentium, quicumque fuerit, pecunia nobis promissa et danda“ zu zahlen ist, als reines Inhaberpapier ansehen zu dürfen. Auch dies ist irrtümlich; hier liegt ein Orderpapier vor.

Es ist oben gesagt worden, dass die verschiedene Entstehung nicht ausreicht, einen Unterschied zwischen Inhaber- und Legitimationspapier zu begründen, so lange nicht der Inhaber aus jedem der zwei Papiere eine verschiedene Stellung hat. Ebensowenig aber genügt die Gleichheit der Stellung des Inhabers in einem Papiere mit der Stellung aus einem modernen Inhaberpapiere, um ohne weiteres, ohne Berücksichtigung der Entstehung und des ursprünglichen Zwecks des Geschäfts, beide gleichzustellen. Hier lag ein bestimmtes Geschäft vor, das an sich abgeschlossen war und aus dem der eine Teil an einen bestimmten anderen eine Forderung hatte; diese Forderung wird zediert, an eine bestimmte Person, und der einfacheren weiteren Übertragung halber wird statt des Zessionars gleich als Forderungsberechtigter eingetragen: exhibitor quicunque fuerit. Nach der Form mag der Schuldschein jetzt aussehen wie ein Inhaberpapier, nach der Art der Entstehung der Forderung ist er ein Legitimationspapier, nach der Art der tatsächlich vorliegenden Übertragung, bei der es sich nicht um einen quicunque handelt, ein Orderpapier, das dann später in Köln allerdings von einem dem Urgläubiger wie dem Schuldner voraussichtlich unbekannten quicunque präsentiert wird. Dass hier zufällig also die Einlösung des Papiers in gleicher Weise erfolgt, wie beim echten Inhaberpapier, ist ein unbeabsichtigter Nebeneffekt. Der Gedanke, sich irgend einem Beliebigen zu verpflichten, liegt dem Mittelalter ganz fern; stets ist ein bestimmtes Geschäft die Grundlage, und wenn der Gläubiger

---

[1]) Stobbe, Ztsch. f. d. ges. HR., Bd. 11, S. 427.

derart seine Forderung weitergab, so verhandelte er, gleich ob der neue Gläubiger in dem Papier neben dem quicunque genannt wurde oder nicht, stets wiederum mit einer bestimmten und bekannten Person. So sagt denn Stobbe selbst am Schlusse seines Aufsatzes, der doch eigentlich für das Vorhandensein eines reinen Inhaberpapiers im Mittelalter eintritt:

> „Es wurde also nicht ein lebenskräftiges Institut des „alten deutschen Rechts durch die romanistische Juris„prudenz bekämpft und schliesslich vergessen und ver„lassen, sondern man blieb bei der herkömmlichen „Auffassung stehen und es zeigte sich nur daneben, „ebenso wieim Mittelalter, die Neigung, dem blossen „Inhaber den Beweis seiner Legitimation zu er„lassen[1]).

Das Inhaberpapier des Mittelalters war ein reines Legitimationspapier im Sinne des BGB. und der bisherigen Lehre überhaupt, hervorgegangen aus der Schwierigkeit des Reisens und der Unsicherheit des Transports grosser Geldsummen: der Kaufmann, der damals auf der Reise Käufe und Verkäufe abschloss, musste Kredit nehmen und selbst gewähren, und um den erwähnten Schwierigkeiten zu entgehen, stellte er auf Grund dieser Geschäfte Schuldscheine aus oder liess sie sich ausstellen, die Verträge zwischen zwei **bestimmten** Kontrahenten auf Grund eines bestimmten Geschäftes besiegelten. Aber mit Rücksicht auf eine Zeit, in der man vor jeder Reise sein Testament machte, und in der Geldsendungen auch auf den grössten, verkehrsreichsten Heerstrassen nicht vor Plünderung sicher waren, benützte man gern zur Einkassierung umsichtige Vertrauensmänner, die ehrlich und im Reiseverkehr erfahren waren, oder gab solche Schuldscheine noch lieber zur Abrechnung an andere Firmen, die sie vielleicht wieder weiter gaben, bis der Schuldschein endlich an Ort und Stelle zur Abrechnung mit dem Aussteller selbst benutzt oder dort ein-

[1]) a. a. O., S. 429.

kassiert wurde. Deshalb erhielten diese Papiere, die nichts als gewöhnliche Schuldscheine waren, noch die Inhaberklausel, **nicht,** weil der Inhaber daraus als unbestimmter und unbekannter Gläubiger erscheinen sollte, **sondern** weil aus dem bestimmten Geschäfte er als Mandatar des bestimmten Gläubigers galt, den der Schuldner als genügend legitimiert durch das Papier betrachten konnte. Die einfachen Verkehrsverhältnisse jener Zeit — schon im 12. Jahrhundert findet sich auf solchen Urkunden die Inhaberklausel — machten es unwahrscheinlich, dass der Präsentant das Papier auf unerlaubte Weise an sich gebracht habe, die Schwierigkeit, Langsamkeit und Unsicherheit des Reisens, das auch mit unverhältnismässigen Kosten verknüpft war, machten es oft unmöglich, die Prüfung der Berechtigung des Präsentanten auf Grund anderer Mittel als seiner Legitimation durch das Papier zu bewirken. Deshalb war er

„zur gerichtlichen und aussergerichtlichen Geltendmachung „des Rechts befugt," „deshalb erhob er als Kläger die „Klage im eigenen Namen und brauchte nicht den Nach- „weis zu führen, dass ihm die Urkunde von dem ersten „Nehmer begeben worden sei[1])."

Nach Brunner[2]) ist das Inhaberpapier ein Wertpapier, das nach seinem Inhalt die Geltendmachung des darin verbrieften Rechts dem Inhaber als solchen zuspricht. Demgemäss wird nach seiner Ansicht der einfache Schuldschein durch die zur Klage berechtigende Inhaberklausel zum Inhaberpapier. Diese Ansicht aber bedeutet m. E. ein Hineintragen moderner Gedanken in das Institut der Legitimationspapiere, die der damaligen Rechtsanschauung gänzlich fern lagen. Äussere Verhältnisse bedingten eine Form des Legitimationspapiers, die es dem späteren Inhaberpapier, rein äusserlich betrachtet, ähnlich machten; aber trotz der Klagelegitimation aus der Inhaberklausel war das Papier ein einfacher Schuldschein aus einem Vertragsgeschäft zweier Geschäftsfreunde, zweier bestimmten Kontrahenten, der im Interesse leichterer Ver

---

[1]) Brunner bei Endemann, Handb. II, S. 197.

[2]) a. a. O., S. 152.

wertbarkeit die aus der Schwerfälligkeit damaliger Verkehrsverhältnisse zur Erleichterung des Inkassoverkehrs geborene Inhaberklausel erhielt, und dank dieser ein Legitimationspapier wurde — oder richtiger vielleicht ein Orderpapier, denn Order- und Legitimationspapier sind in damaliger Zeit vielfach schwer auseinanderzuhalten, da es ein Indossament erst seit dem 17. Jahrhundert gab[1]) und die Willebriefe ebenfalls kein notwendiges accessorium des Orderpapiers waren. Dieselbe Verkehrsrücksicht führte dann dazu, dass man den Präsentanten nicht erst zwang, den Beweis seines Rechts zu führen, sondern dass er als legitimiert zur actio durch die Innehabung angesehen war. Aber wie fern der Gedanke dem damaligen Recht lag, dass der Inhaber **als Inhaber** Gläubiger sei kraft des in dem Papier verkörperten selbständigen Forderungsrechtes, zeigt die Möglichkeit, dass der Schuldner gegen den Inhaber den einen einzigen Einwand hatte, den er gerade im modernen Recht **nicht** machen durfte, dass er nämlich schon an den früheren Inhaber des Papiers die Schuld bezahlt habe.[2]) Dies wäre unmöglich gewesen, wenn die Urkunde ein wirkliches Inhaberpapier, kein blosses Legitimationspapier gewesen wäre.

Es finden sich also im ganzen Mittelalter nur Papiere, die wir heutzutage allenfalls Legitimationspapiere nennen würden, Papiere, in denen ein bestimmtes Geschäft zwischen zwei bestimmten Gläubigern beurkundet wird und der kreditierende Gläubiger ausser sich auch den Inhaber der Urkunde für legitimiert erklärt. Zu welchem Zwecke dies geschah, habe ich eben erwähnt. Ebenso wie die Papiere nur wegen der schweren und unsicheren Einkassierung der Schuld auch auf Dritte ausgestellt waren, gab man ihnen bis zum Beweis des Gegenteils durch den Schuldner die actio, wie dem Eigentümer, bloss auf den Besitz des Papiers hin; denn die Klausel hätte gegen den übelwollenden Schuldner gar keinen Wert bei kleineren Summen gegenüber der Kosten des

[1]) a. a. O., S. 187.
[2]) a. a. O., S. 197.

Nachweises bei Bestreitung gehabt, in jener unsicheren Zeit, wo das Reisen gegen heut unendliche Opfer an Zeit und Geld kostete. Deshalb musste man aus praktischen Gründen aus der Not eine Tugend machen und dem Inhaber die Geltendmachung des Rechts auch da gestatten, wo das Recht der Forderung zweifelhaft war oder wenigstens bezweifelt wurde. Das wirkliche Inhaberpapier dagegen gab durch seine Entstehung später dem Inhaber ein wahres und originäres Gläubiger**recht.** Es ist ganz falsch, die notgedrungene Berechtigung, die aus der Legitimation des Papiers im Mittelalter floss, mit dem sich aus der Natur des späteren reinen Inhaberpapiers ergebenden Gläubigerrecht auf eine Stufe zu stellen.

Solche Papiere mit alternativen Klauseln, die Brunner ja ebenfalls ohne weiteres „Inhaberpapiere" nennt, gab es allerdings schon in sehr früher Zeit. So führt Duncker[1]) an:

> Urkunde III von 1334: „. . . . swenn Swester E „(die Käuferin) gestirbt so sall danne . . . der convent „der chlosterfrawen — die gult einnehmen — alz der „brief sait und swer den brief inne hat mit der „**chlosterfrawen wille,** dem sein wir (die Verkäufer) „gepunden."
>
> Urkunde IV von 1360. Es wird eine Rente verkauft: „dem beschaiden man E. — seiner hausfrawen und allen „iren erben, oder swer den brief inne hat mit irem „guten willen."

In den zahlreichen Urkunden dieser Art, die auf uns gekommen sind, folgt nirgends die Verpflichtung zur Leistung aus der Inhaberschaft des Papiers an sich, sondern aus einem bestimmten Geschäft mit bestimmten, benannten Personen, und der Inhaber gilt nur als derjenige, dem der Gläubiger sein Forderungsrecht abtrat oder durch den er sich vertreten lässt. In diesem Sinne schreibt Colerus um 1560:

> „usitatum est nostris temporibus in . . . instrumentis „mutui et aliorum contractuum exprimi, quod debitor

[1]) Duncker, a. a O., S. 33 ff.

„teneatur solvere non tantum creditori et ejus heredibus „sed etiam quibuslibet **b. f.** possessoribus ac deten- „toribus instrumenti prout illa clausula communissima est: „Ich gerede und gelob meinem Gläubiger seinen Erben „. . . oder sonstigen trewen Brieffsinnehabern auf N. Tag „und Jahr Zahlung zu tun[1])"

und ebenso sagt Cothmann speziell für Norddeutschland:

„consuetudine et moribus receptum est, ut creditores „non sibi tantum sed et possessoribus futuris in „quos obligatorias literas alienaturi sint prospiciant et „actionen adquirant."

Deshalb sagt schon Kuntze[2]):

„Jene flandrischen Urkunden . . . . . geben der „Vermutung, dass die unvollkommenen Inhaber- „papiere den historischen Übergang von den ein- „fachen Schuldverschreibungen zu den schlecht- „hin auf den Inhaber lautenden Briefen bilden „eine bemerkenswerte Stütze. Es scheint dass . . . . „die kürzere Form der Inhaberpapiere in Frank- „reich zuerst zu Anfang des 17. Jahrhunderts auf- „gekommen ist . . . um die lästigen Zinsverbote des „kanonischen Rechts zu umgehen."

Da aber diese billets au porteur in Deutschland keinen Eingang fanden, und auch ganz anderen Zwecken dienten, kann man das erste Auftreten reiner Inhaberpapiere noch um ein weiteres Jahrhundert hinausrücken Entsprechend dem Charakter des damaligen Inhaberpapiers als Legitimationspapier im Sinne der heutigen Zeit nahmen auch die Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts im allgemeinen an, dass dem Inhaber des Papiers lediglich als solchem die actio nicht zusteht; so in Frankreich nach Molinaeus um die Mitte des 16. Jahrhunderts: Dem klagenden Inhaber sei die Forderung nur zuzusprechen, wenn er der benannte Gläubiger selbst sei oder erwiesenermassen dessen Mandatar sei; doch am

[1]) Kuntze, S. 75.
[2]) a. a. O., S. 65.

besten werde das Geld in Gerichtsdepositum genommen. Andere wieder nehmen an, der Inhaber gelte als Mandatar legitimiert, so Straccha und Mantica.[1])

Der Holländer Damhouder betrachtet den Inhaber nicht als selbständigen Gläubiger, sondern als Zessionar; ähnlich im 17. Jahrhundert der Holländer Huber:

„nam promissio debitoris de solutione facienda legitimo „exhibitori ipsum quidem obligat, sed non tollit „qualitatem cessionis et autoritatis, quae inter „cedentem et cessionarium vertitur; quod etiam per „additamentum legitimi exhibitoris satis indicatur: nec „enim sciri potest, an sit legitimus, nisi **causam „exhibitionis probet**[2])."

Auch bei denjenigen Juristen, die für freiere Auffassung des Legitimationspapieres auftraten, blieb das Inhaberrecht immer etwas Unselbständiges, das immer als beruhend auf der Autorisation des benannten Schuldners gelten sollte.

In Deutschland verlangte der angesehenste Jurist des 17. Jahrhunderts B. Carpzow[3]):

„ergo necesse est, titulum traditionis doceri, quo „instrumentum devenerit ad exhibentem de voluntate „domini. Nunquam enim ex nuda traditione „praesumitur vel donatio vel venditio, vel alius „titulus ad translationem dominii habilis."

Auch sein Zeitgenosse Mevius, der dieser Ansicht beitritt, bezeichnet sie als die herrschende der damaligen Zeit. Und sie blieb es noch im 18. Jahrhundert.

So sagt Stryck, der Inhaber, der aus der Urkunde klagen wolle, müsse immer auch die Zession beweisen[4]). Ebenso Ludovici, Pufendorf („quam ob rem, quae ex

---

[1]) „Tacite mandatum intelligitur a creditore, ut possit agere et exigere."

[2]) Kuntze, S. 107.

[3]) a. a. O., S. 110.

[4]) a. a. O, S. 112.

possessione forte nascitur coniectura bonae fidei, sufficere non potest"), Cramer, Hommel und andere[1]). Selbst am Ende des 18. Jahrhunderts, als es längst wirkliche Inhaberpapiere gab, erklärte J. E. Müller[2]) noch:

„verba igitur: allen getreuen Briefsinhabern non liberant „acessionis vel tituli probatione adeo, ut ex tali chiro„grapho agens, ne oblata quidem cautione, solutionem „urgere possit."

Es war also in Deutschland bis zur Entstehung des zweiten Inhaberpapiers Doktrin und Praxis sich darin einig, dass das damalige Inhaberpapier, das nach heutiger Terminologie nur als Legitimationspapier im engeren Sinne aufzufassen ist, schon damals, ehe man die Unterschiede zwischen den beiden Inhaberpapieren feststellte, wie ein blosses Legitimationspapier behandelt wurde. Inzwischen aber war ein wirkliches Inhaberpapier entstanden, zu dem auch die Theorie schliesslich Stellung nehmen musste.

Als erste reine Inhaberpapiere kann man die im 18. Jahrhundert aufgekommenen[3]) Lotterielose betrachten, die, im Gegensatz zu den vorher verbreiteten Losen auf Namen, nur auf den Inhaber ausgestellt waren. Wirkliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber gab Sachsen 1763 aus, indem es

„an den jedesmaligen Vorzeiger zahlbare landschaftliche „Obligationes" schuf, denen „zur Erleichterung der Zins„erhebung und Vermeidung der sonst dazu erforderlichen „messentlichen Vorzeigung derer Haupturkunden" Zins„scheine beigefügt waren, „welche einzeln abgeschnitten, „nach Willkür verhandelt und zu der Verfallzeit vom „jedesmaligen Inhaber zur Zahlung präsentiert werden „können[4]). Mit diesen modernen Staatspapieren „war die Form der schlechthin auf Inhaber lauten-

---

[1]) Vgl. Kuntze, a. a. O., S. 112/113.
[2]) J. E. Müller, Promptuarium iuris nov. I. Lips.[2] 1792. S. 383.
[3]) Kuntze, Inhaberpap., S. 78.
[4]) a. a. O., S. 84.

„den Papiere (im Gegensatz der Namenpapiere mit „Inhaberklausel) zur Herrschaft gekommen[1])."

Aber zunächst kümmerte sich die Theorie noch nicht viel um diese neugeschaffene Form von Wertpapieren. Erst Kees (1808) fand heraus, dass die Legitimation durch beide Papiere eine verschiedene sei. Er behauptete nämlich[2]), die Ansicht

„non solam instrumenti obligatorii detentionem „sufficere ad legitimationem causae quamvis ei sit „incerta clausula: cuilibet eius instrumenti legitimo ex „hibitori, jedem getreuen Briefsinhaber," sei nicht unter allen Umständen (sine distinctione) richtig, sondern „nur cum debitor subscriptus sese soluturum esse . . . „promiserit Mevio und jedem dieses Briefes Inhaber[3])." Wenn dann nicht Mevius, „sed alius instrumenti obli- „gatorii possessor agat . . . possessor isque actor modum „adquirendi iusque a Mevio in se translatum devolutum- „que esse demonstrare tenetur." Wenn aber der Schuldner[4]) „quemcunque bonae fidei detentorem aut „quemcunque possessorem pro creditore agnoscit suo „promisitque simpliciter solutionem, jedem treuen In- „habern dieses Briefes" dann, meint Kees[5]): „sola „chirographi possessione sufficienter docere litigium ad „se pertinere petitorem, cum nullius creditoris nomine- „tenus in eodem mentio facta, sed simpliciter illi, qui „instrumentum guarantigatum possidet, solutum iri a de- „bitore promissum sit."

Mit dieser Feststellung hatte Kees das bisherige Inhaberpapier in zwei selbständige Institute gespalten, indem er die bisherige Form des alternativen Inhaberpapiers von dem neuentstandenen reinen Inhaberpapiere rechtlich trennte, und für

---

[1]) a. a. O., S. 85.

[2]) Kees, Quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur. Lips. 1808. S. 16.

[3]) a. a. O., S. 17.

[4]) a. a. O., S. 18.

[5]) a. a. O., S. 20.

letzteres eine Rechtsvermutung zu gunsten des Inhabers als Gläubigers aufstellte, die den späteren partikularrechtlichen Bestimmungen entsprach. Damit stand die Theorie jetzt am Scheidewege. Es lag in ihrer Hand, zu sagen, ein derartiges Institut widerspreche den bisherigen Rechtsanschauungen, es sei gemeinrechtlich unmöglich zu begründen und auch in seinen Konsequenzen, falls sie richtig gezogen würden, für die Praxis unbrauchbar; auch die verschiedene Entstehung rechtfertige noch nicht die Einräumung einer besonderen Rechtsstellung; denn wenn auch der erste Inhaber in einem Falle bekannt sei und im andern nicht, so sei der Präsentant, der letzte Inhaber, doch bei beiden incertus und nur darum handle es sich doch, ob an einen unbekannten Gläubiger **gezahlt** werden könne oder nicht; folglich gebe es keine Veranlassung, den Inhaber des einen Papiers anders zu stellen, als den andern.

Tatsächlich ist auch einiges hiervon eingewendet worden. So hat Souchay[1]) festgestellt, dass es

> „ganz gegen die gewöhnlichen Rechtsbegriffe ist,
> „dass jemand durch den blossen Besitz eines über
> „ein Darlehn ausgestellten Dokuments die Rechte eines
> „wirklichen Gläubigers erwirbt, wenn er nicht
> „allein unvermögend ist, darzutun, dass ihm dieselben
> „auf legitime Weise übertragen worden sind, sondern
> „dass ihm sogar das Gegenteil erwiesen werden könnte"

und auch Savigny[2]) **leugnet,** dass solche Papiere nach gemeinem Recht möglich seien. Beide aber ziehen nicht daraus die Folge, dass das neu geschaffene Institut zu verwerfen sei, sondern suchen es, jeder auf seiner Art, anders zu begründen.

Andererseits konnte die Theorie auch den Gedanken von Kees aufgreifen, das reine Inhaberpapier sei ein selbständiges Papier für sich, das zu dem bisherigen Inhaberpapier einen rechtlichen Gegensatz bilde, und konnte nun dieses

[1]) Souchay bei Kuntze, S. 127.
[2]) Savigny, Obl.-R. II, S. 94.

neue Rechtsgebilde in jeder Beziehung gemäss der dem Inhaber eingeräumten Rechtsstellung folgerichtig herausarbeiten.

§ 16.

Mängel der Durchführung des Inhaberpapiers in der Praxis.

Die Doktrin aber tat keines von beiden; sie vermied die beiden breiten und bequemen, vielfach nebeneinander laufenden Wege und schwankte im Zickzackkurs zwischen beiden, indem sie theoretisch zwar das reine Inhaberpapier schuf, in seiner praktischen Durchführung aber ihren Standpunkt nicht innehielt.

Und wie die Doktrin, so auch die Gesetzgebung. In den partikularrechtlichen Definitionen war die Stellung des Inhabers genau festgesetzt, aber wo diese prinzipielle Stellung in der Praxis zu Unzuträglichkeiten führte, setzten sich die Gesetzgeber über ihre selbst gegebenen Grundsätze mit zahlreichen Ausnahmen hinweg und schliesslich blieb dem Inhaber fast nichts übrig, als das ziemlich wertlose Recht, vom Schuldner, der seine Legitimation nicht respektierte, den Beweis für seine Gründe verlangen zu dürfen, statt sie selbst entkräften zu müssen.

Dass der unredliche Erwerber des **reinen** Inhaberpapiers, dem es rechtzeitig vor der Vindikation des Papiers gelang, die Forderung geltend zu machen, berechtigt war, die empfangene Leistung, unbeschadet seiner Bestrafung wegen des Sachdiebstahls für sich zu behalten, war eigentlich ganz selbstverständlich, da er ja originärer und wahrer Gläubiger kraft seiner Innehabung war, also als einziger Forderungsberechtigter die Forderung geltend gemacht hatte; diesen naheliegenden Schluss zog aber weder Theorie noch Praxis. So sagt Brunner[1]):

„Hat ein Dritter als legitimierter Destinatär die „einem anderen (! also dem bestohlenen Eigentümer!) „zustehende Forderung geltend gemacht (also kraft

---

[1]) Brunner bei Endemann II, S. 164.

„seines der Innehabung entspringenden wahren Gläu-
„bigerrechts!!), so kann dieser (obwohl er gar kein
„Forderungsrecht und keinen Titel darauf hat!) den
„realisierten Wert von ihm beanspruchen."

Um in dieser Weise den Bedürfnissen der Praxis entgegen kommen zu können, erfand Brunner seine berühmte „Gläubigerrolle," mit der er die jeden Zweifel ausschliessende Bestimmung:

„der Inhaber vermöge seiner Innehabung ist
„Gläubiger" und: „mit der Urkunde geht die
„Forderung auf jeden Inhaber ohne Rücksicht
„auf den Grund des Erwerbs über[1]),"

sowie die zahlreiche Partikulargesetzgebung einfach ignorierte, weil sie ihm in sein System nicht passte.

Auch die juristische Praxis suchte natürlich solche aus der Definition zwar unmittelbar sich ergebenden, aber für den Verkehr ganz unmöglichen Folgen zu vermeiden.

Der Richter stützte sich hierbei auf die partikularrechtlichen Bestimmungen, auf Grund deren § 363 des Dresdener Entwurfs, wie bei dessen Beratung in den Protokollen[2]) ausdrücklich hervorgehoben wurde, entstanden ist; dieser bestimmt Folgendes:

„Durch Veräusserung und Übergabe einer auf den
„Inhaber lautenden Urkunde erlangt der **redliche** Er-
„werber das Eigentum daran, auch wenn der Ver-
„äusserer nicht Eigentümer war."

Auf Grund der gesetzlichen Definition des Inhaberpapiers in Verbindung mit obiger Bestimmung musste nun der Richter dem unredlichen Eigentümer seine gestohlene etc. Sache wieder abnehmen und dem Eigentümer des Papiers dasselbe wieder zustellen. Das einkassierte Geld, die Leistung die der unredliche Erwerber schon erhoben hatte, musste er ihm aber lassen.

Der Widerspruch, der hierin lag, wurde empfunden, nicht aber, dass die ganze Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Inhaber in Widerspruch mit der bevorrechteten

[1]) art. 359 des Dresdener Entwurfs.
[2]) Protokolle, S. 3846.

Stellung des Inhabers als unbedingten Gläubigers stand. So wurde denn nicht bloss das Papier, sondern auch, falls dieses nicht mehr vorhanden war, die auch vom unredlichen Inhaber als einzigen und originären Gläubiger rechtmässig · dem Buchstaben des Gesetzes nach — erworbene Schuldsumme vom Richter dem Eigentümer der untergegangenen Sache zugesprochen.

Auf diese Art konnte er dem Eigentümer zwar geben, was ihm nach unser aller Rechtsgefühl zukommen musste, aber er verletzte das Recht selbst, denn dass dies Urteil juristisch schwer zu begründen war, darüber konnte sich bei so unzweideutiger Begriffsdefinition des Inhaberpapiers kein Richter im unklaren sein. Einen im Effekt wenigstens ähnlichen Schluss durfte er erst ziehen, als das HGB., in dessen art. 306 und 307 der Inhalt des art. 363 enthalten war, Reichsgesetz geworden war, denn durch dieses wurden dann Landesgesetze, die ihm widersprachen, ausser Kraft gesetzt. Vorher aber hatten Theorie und Praxis mit ihrer Umgehung der Definition des Inhaberpapieres dieses in einem Punkte seiner Wirkung beraubt, ohne ein Recht hierzu zu haben.

Eine weitere Ausnahme, die der juristischen Natur des Inhaberpapiers zuwiderlief, war die Amortisation. Der art. 18c des Dresdener Entwurfs (art. 365 der Vorlage) lautete:

„Wird eine auf den Inhaber lautende Urkunde, „welche zugrunde gegangen oder abhanden gekommen „ist, auf Antrag des letzten Inhabers für kraftlos erklärt, „(amortisiert, mortifiziert) ist derjenige, auf dessen „Antrag die Kraftloserklärung erfolgte, Gläubiger. „**Für die Zulässigkeit** und die Voraussetzungen, sowie „für das dabei zu beobachtende Verfahren, sind die ein„zelnen **Landesgesetze massgebend.**“

Schon die Form des Absatz 2 dieses Artikels zeigt, dass man mindestens sehr im Zweifel war, wieweit sich dieser Artikel mit der Rechtsnatur des Papiers vertrug; sonst wäre in einer Kodifikation, die ein Einheitsrecht für alle Bundesstaaten werden sollte, nicht eine so wichtige Bestimmung dem Belieben der Einzelstaaten anheim gestellt worden. Und die Diskussion liess gar keinen Zweifel, dass ein Teil der

Kommission sich klar bewusst war, auch hierin wieder die grundlegende Definition des Inhaberpapieres auszuschalten.

Ebenso wenig bestimmt war die Meinung der Theorie. Savigny, Eichhorn, Mittermayer, Thöl u. a. hielten die Amortisation für ein gemeinrechtliches Institut, also überall für gegeben, wo sie nicht landesrechtlich verboten sei. Wenn nun aber Savigny doch erklärt hat, dass eben vom gemeinrechtlichen Stanpunkt das Inhaberpapier überhaupt unmöglich sei, wie will er denn eine Einzelbestimmung über ein gemeinrechtlich unmögliches Institut aus dem gemeinen Recht verteidigen?

Andere dagegen erklärten die Amortisation ganz richtig für unvereinbar mit der Rechtsnatur des Inhaberpapiers.

Aber aus Verkehrsinteressen hielt man die Amortisation für unvermeidlich, obwohl sich in der Kommission für den Dresdener Entwurf Stimmen dafür erhoben,

„auch volkswirtschaftliche Erwägungen dürften das Ge-
„wicht der Billigkeitsgründe, welche für Zulässigkeit der
„Amortisation sprechen, erheblich mindern, wenn man
„den Standpunkt ins Auge fasse, von dem aus die Be-
„stimmungen des (partikularrechtlich zum Teil in Deutsch-
„land schon eingeführten) allgemeinen deutschen HGB.
„in art. 306, 307 gegeben wurden. Man erwäge nur
„den regen Verkehr mit Inhaberpapieren und die Not-
„wendigkeit, welche mit der Zulassung der Amorti-
„sation für jeden Erwerber eines Inhaberpapiers ver-
knüpft sei, in öffentlichen Blättern nachzuforschen, ob
„das von ihm erworbene Papier nicht schon amortisiert
„oder zur Amortisation aufgerufen sei[1]).“

Aus diesen Gründen beschloss auch die Kommission die halbe Massregel, die Frage der Zulässigkeit der Amortisation der Landesgesetzgebung zu überlassen, und nur Bayern — abgesehen von dem kurz darauf annektierten Frankfurt — wehrte sich noch einige Zeit gegen die Amortisation. Selbstredend war das ganze Aufgebotsverfahren ein mit der Rechts-

[1]) Dresdener Protokolle, S. 3844.

natur des Papiers unvereinbare Konzession an die Verkehrsbedürfnisse, obendrein eine Konzession von zweifelhaftem Werte — so lange ausschliesslich die Innehabung des Papiers, wie damals ja Gesetz war, Forderungsrechte, resp. die Stellung des wahren Gläubigers gewährte; denn diese Stellung ging mit der Innehabung auch auf den unredlichen Inhaber über, und mit dem Verlust des Papiers verloren oder unter. Der frühere Inhaber hatte vor allem gar keinen Forderungstitel, auf Grund dessen er, der nicht mehr Forderungsberechtigte, sich eine neue Urkunde ausstellen lassen konnte. Das wäre aber doch die erste Voraussetzung zur Erneuerung der Urkunde gewesen. Da aber Urkunde und Gläubigerrecht untrennbar mit einander verbunden waren, so war für ihn die einzige Möglichkeit, sein früheres Forderungsrecht wiederzuerlangen, in der Vindikation gegeben. Hatte diese kein Ergebnis, so war nichts zu machen. Denn bei der Amortisation sucht der frühere Eigentümer nicht die verlorene Sache zu retten, sondern sich, obwohl er keinerlei Ansprüche mehr auf die Forderung geltend machen konnte, ein neues Papier zu verschaffen, mit dem dasselbe Forderungsrecht aufs neue verbunden wurde, das, laut Definition des Inhaberpapiers, mit dem alten Inhaberpapier untrennbar zusammenhing, also inzwischen einen anderen berechtigten Eigentümer auch durch unredliche Innehabung gefunden hatte, oder durch Untergang des Papiers untergegangen war. Für die Praxis galt also trotz der Definition: das Eigentum der Forderung **blieb** auch bei Diebstahl etc. dem Bestohlenen, es ging nicht mit der Sache mit, sondern trennte sich von ihr. Das war ein sehr verständiger Grundsatz, nur schade, dass er damals dem positiven Recht, das die Stellung des Inhabers festlegte, direkt zuwiderlief.

Deshalb entschuldigte der Dresdener Entwurf auch die Einführung lediglich mit Verkehrsinteressen[1]): „Tatsächlich sei der Theoriestreit gleichgültig (es handelte sich aber gar nicht um einen Theoriestreit, sondern um teilweise Beseitigung des positiven Rechts), hier handle

[1] Protokolle, S. 3848.

„es sich um das praktische Bedürfnis, und für dieses „spreche die Tatsache, dass ausser Bayern und Frankfurt „alle Staaten die Amortisation eingeführt hätten. Dies „spreche dafür, dass man mit ihrer Einführung einem „Bedürfnis Rechnung getragen habe."

(Dass die grosse Handelsstadt Frankfurt, das Zentrum des damaligen deutschen Geldverkehrs, die Amortisation für kein Verkehrsbedürfnis hielt, spricht schwerwiegender gegen dies Bedürfnis, als die Einführung in allen anderen Staaten dafür). Und ebenso geben zu derselben Materie die Motive zum 1. Entwurf des BGB., in dem zum letzten Male das alte, reine Inhaberpapier gesetzlich wieder aufzuleben schien, als Erklärung, dass der Entwurf trotz Beibehaltung der privilegierten Stellung des Inhabers die Amortisation (§ 692) ins neue Recht hinüber nehmen wollte, Folgendes an[1]):

„Die Zulässigkeit der Kraftloserklärung von „Inhaberpapieren kann aus der rechtlichen Natur „des Inhaberpapiers und der an sie geknüpften „Verbindlichkeiten **nicht** gefolgert werden. Das „Bedürfnis einer Abhülfe gegen die Gefahren, welche „aus dem Wesen des Inhaberpapiers und des Ver- „kehrs mit demselben den in Verlust gekommenen In- „haber bedrohen, bildet die legislatorische Recht- „fertigung (?) des Instituts der Kraftloserklärung."

Die Motive geben also offen zu, dass die Amortisation aus der Natur des Papiers nicht sich ergibt, dass aber andererseits die Verkehrssicherheit die Amortisation unbedingt fordere. Normaler Weise musste, wie man denken sollte, ein Papier, das für den Verkehr **geschaffen** ist und diesen selben Verkehr kraft seiner Rechtsstellung die grössten Hindernisse bereitet, so schnell als möglich beseitigt und durch ein anderes ersetzt werden. Der Ersatz lag ja nahe, indem man sagte: das Eigentum der Forderung bleibt immer dem Eigentümer des Papiers, auch wenn dieses unfreiwillig ihm abhanden kommt, wie dies ja auch in der zweiten Lesung geschehen

[1]) Motive II, S. 705.

ist. Aber dann war das Papier kein Inhaber-, sondern ein Legitimationspapier, und die älteren Juristen waren so an diesen vollständigen Gegensatz, der nach ihrer Ansicht zwischen beiden bestand, gewöhnt, dass es ihnen unfassbar erschien, beide Papiere jetzt plötzlich als ein und dasselbe anzusehen; daher entschlossen sie sich lieber inkonsequent zu sein, und mit rein äusserlichen Gründen den unüberbrückbaren Zwiespalt, den sie in die Einheit der Rechtsnatur des Inhaberpapiers trugen, „legislatorisch zu rechtfertigen", als dass sie auf den so kunstvoll und geistreich erscheinenden Gegensatz zwischen den beiden Papieren verzichtet hätten. Und so stark war die Macht der Tradition, dass, als man sich endlich bei definitiver Gestaltung des BGB. zu dem von mir erwähnten Auskunftsmittel entschloss, die Kommission Vogelstrausspolitik trieb, und sich einbildete, sie könne den Inhaber des Inhaberpapiers auf dieselbe Stellung wie den Inhaber des Legitimationspapiers zurückdrängen und trotzdem die prinzipielle Verschiedenheit der Papiere, die doch nur auf der Stellung des einen Inhabers als des wahren Gläubigers durch die blosse Innehabung fusste, glaubte festhalten zu können.

Motive eodem: „Heutzutage hat die Anschauung, „dass im Falle des Verlustes oder der Vernichtung von „Inhaberpapieren ein Mittel zur Abwendung der hieraus „für den Verlustträger entstehenden Nachteile unerlässlich sei, in sämtlichen Staaten Deutschlands, mit Ausnahme Bayerns, sowie in der Reichsgesetzgebung zur „gesetzlichen Regelung der Amortisierbarkeit des Inhaberpapiers . . . und des hierzu nötigen Verfahrens, soweit „letzteres nicht in der CPO. festgelegt ist, geführt."

Es ist anzunehmen, da über das Gegenteil nirgends etwas verlautet — soweit mir wenigstens bekannt ist — dass die Urheber der hier angezogenen Reichsgesetzgebung sich ebenfalls nur durch Verkehrsrücksichten leiten liessen, und sich garnicht bewusst waren, dass sie durch die neue Stellung die das HGB. mit seiner Einführung als Reichsgesetz dem Inhaberpapier gab, auch rechtlich befugt waren, die Amortisation einzuführen und zu regeln; aber auch wenn sie sich

von denselben Motiven leiten liessen, die früher als „legislatorische Rechtfertigung“ (sc. einer unrechtmässigen Handlung) geltend gemacht, so war trotzdem das was sie schufen, de facto auf rechtmässigem Boden erwachsen und bedurfte keiner „legislatorischen Rechtfertigung“: Denn seit 1871 war der art. 306 und 307 HGB. Reichsgesetz und damit war der Eigentümer der Sache auch Forderungsberechtigter unter allen Umständen, solange er sich nicht freiwillig des Papiereigentums entäusserte.

Die Durchführung der Amortisation führte zu einer weiteren Verletzung der Rechtsnatur des Inhaberpapieres, die aber zur zweckmässigen und erfolgreichen Gestaltung des Amortisationsverfahrens nötig schien. Denn sollte die Amortisation überhaupt Sinn haben, so müsste man so schnell wie möglich verhindern, dass der unredliche Erwerber die Papiere zu Geld machte. Diesem Zweck diente wenigstens teilweise, aber auch da noch in recht mangelhafter Weise (Antrag!) die Zahlungssperre, d. h. das auf Antrag des früheren Eigentümers vom Staate an den Schuldner erlassene Verbot, dem Präsentanten der entwendeten Papiere zu leisten.

Immerhin war sie für die Amortisation nicht zu entbehren, obwohl sie in ganz anderer Form gehandhabt werden konnte. Die Motive[1]) erkennen ganz richtig an:

> „Der Entwurf führt das . . . landesrechtlich schon „vielfach bestehende Institut der Zahlungssperre als Folge „des Aufgebotsverfahrens ein. Für den Verlustträger „ist die Zahlungssperre von besonderer Bedeutung, „weil er, nicht mehr Inhaber der Urkunde, **kein „Recht gegen den Aussteller** hat und deshalb ihm „der Antrag auf eine einstweilige Verfügung „oder auf Sicherheitsarrest gegen den Aussteller „**nicht** zusteht!

Wie kommt denn dann aber der Staat, wenn der Inhaber gemäss dem Inhaberrecht gar keine Gläubigerrechte, gar keinen Rechtstitel auf die Forderung mehr hat, dazu, sich

---

[1]) Motive Bd. II, S. 707.

einzumischen und dem Nichtberechtigten gegen den einzigen berechtigten Gläubiger zu helfen?

Woher nimmt er das Recht, einem Schuldner zu verbieten, seinem laut seiner eigenen Verpflichtung rechtmässigen Gläubiger die ihm laut Urkunde zustehende Leistung zu erfüllen? Die Zahlungssperre wird nur auf Antrag verhängt. Aber es wird doch sonst jeder Antrag auf seine Berechtigung von der Behörde genau geprüft, und eventuell abgewiesen. Warum darf gerade hier jemand, der anerkannter Massen nicht den geringsten Rechtstitel dazu hat, einen Antrag mit Erfolg stellen, der in die Rechte und Pflichten anderer eingreift, die ihn de iure eigentlich gar nichts angehen? Alles dies darf er auf Grund von verschiedenen Landesgesetzen, deren Inhalt der art. 360 des Dresdener Entwurfs in die Worte fasst:

„Derselbe (d. h. der Schuldner) wird nur durch ein „an ihn erlassenes gerichtliches Zahlungsverbot gehindert, „dem Inhaber der Urkunde Zahlung zu leisten."

Heute, wo das Forderungsrecht beim bestohlenen Sacheigentümer zurückbleibt, ist das Zahlungsverbot des § 799 BGB. natürlich ganz berechtigt, denn jeder kann vom Staate als Hüter des Rechts verlangen, dass sein Eigentum von ihm geschützt wird. Aber damals hatte er ja gar kein Forderungsrecht. Also ist hier wieder ein Fall, wo das Gesetz sich selbst dementiert, weil der Staat sich selber sagt, dass er die von ihm selbst festgestellten Rechtsprinzipien nicht in praxi durchführen kann. Aber das Inhaberpapier blieb als Begriff feststehen wie der Fels im brandenden Meere und kein Mensch fragte sich: was bleibt denn noch vom Inhaberpapier übrig, wenn bei der praktischen Verwertung desselben weder Gesetzgeber, noch Rechtsprechung sich um seine privilegierte Stellung kümmern?

Und dabei war hier die Verletzung des Rechts durch das Recht selbst gar nicht einmal nötig! Denn der Bestohlene hat ja nicht nur ein Recht verloren, dessen Anspruch ihm verloren ging, sondern auch eine Sache, ein Stück Papier, bezüglich dessen er zur Wiedererlangung vom Staate Rechtshülfe fordern durfte. Eine einfache Anzeige an das zu-

ständige Gericht (kein Antrag!) genügte, um die Justizbehörde in Bewegung zu setzen und sie zur sofortigen Aufforderung an alle Zahlstellen des Schuldners zu veranlassen, falls die gestohlenen etc. Stücke präsentiert würden, zwar nicht die Zahlung zu verweigern, denn dazu hatte sie nicht das Recht, aber die Zahlung so lange zu verzögern, bis durch ein Organ der Polizei die gestohlenen Papiere beschlagnahmt und der Präsentant verhaftet werden konnte. Das kam in Praxi auf dasselbe heraus und das Recht blieb unverletzt. Tatsächlich wurde ja auch ohne eine solche Verfügung so verfahren; um so überflüssiger war also die Zahlungssperre in dieser gesetzlichen Form. Immerhin ist ihr Vorhandensein ein Beweis mehr für die Unbrauchbarkeit des Inhaberpapiers.

Endlich ist noch als Verletzung der Rechtsnatur des Papiers die rechtliche Möglichkeit der Verpfändung desselben zu betrachten. Der Absatz 3 des art. 363 (Dresdn. Entw). beginnt:

„Wird eine auf den Inhaber lautende Urkunde als „Faustpfand bestellt“ etc.

Wenn nun aber ein Papierinhaber, sowie er das Papier aus der Hand gibt, jedes Gläubigerrecht verliert, wie kann er dann überhaupt das Papier aus der Hand geben und als Faustpfand benutzen. Der Zweck der Verpfändung ist doch nicht, dem Pfandnehmer ein Stück Papier, dessen Eigentum sich Pfandgeber vorbehält, zu geben, sondern ihn für irgend eine vorgängige Leistung aus der er ein Forderungsrecht an den Pfandgeber hat, die im Papier beurkundete Forderung als Sicherheit zu geben. Das aber kann Pfandgeber gar nicht, denn sowie der sogenannte „Pfandnehmer“ das Papier in Händen hat, ist er aus eigenem Recht Forderungsberechtigter, originärer Gläubiger aus der Forderung, der Schuldner ist verpflichtet, ihm, und zwar nur ihm zu zahlen. Scheint es dem Pfandnehmer also lohnend, auf sein Forderungsrecht an den Pfandgeber zu verzichten und statt dessen das viel wertvollere Pfandobjekt dem Schuldner aus demselben, als Inhaber zu präsentieren, so ist er vollkommen in seinem Recht, und hat das Geld nicht wieder herauszugeben. Zwar hat sein Schuldner, der Pfandgeber, am Tage der Fälligkeit unter

Anbietung seiner Schuld von ihm das Pfandobjekt herauszufordern und da dieses durch die Einlösung bei Präsentation bei dem Leistungspflichtigen unterging, kann er es nicht wieder zurückgeben. Er ist also wegen Unterschlagung zu bestrafen; aber die Leistung hat er von Rechtswegen erworben und von Rechtswegen kann ihn niemand zwingen, diese Leistung herauszugeben. So ergibt sich die Sachlage hier, ebenso wie beim Diebe[1]).

Eine Pfandbestellung aber, bei der der Pfandgeber ganz vom guten Willen des Pfandnehmers abhängt, und ihn nur strafrechtlich verfolgen kann, während das Zivilrecht von Rechtswegen gegenüber seinem Vermögensverlust versagen müsste, ist vollkommen wertlos. Deshalb hat auch hier die Praxis sich wenig an die reine Lehre vom Inhaberpapier gekehrt und dem Pfandgeber in jedem Fall zu seinem natürlichen Recht verholfen; deshalb aber ist auch diese Frage ein Beweis für die Unhaltbarkeit der Lehre vom reinen, wirklichen Inhaberpapier.

---

[1]) Vgl. Seite 53 ff. d. Arb.

Lebenslauf.

Geboren am 5. Februar 1867 zu Koschmin in Posen, als Sohn des dortigen Apothekenbesitzers Hermann Pitsch und seiner Ehefrau, geb. Matzky, Preusse und evangelischer Konfession, habe ich im Jahre 1886 das Abiturientenexamen am Gymnasium zu Göttingen gemacht und dann an den Universitäten Heidelberg, Genf, Strassburg und Breslau bis 1891 Rechtswissenschaft studiert. Darauf vom Fache abgegangen, nahm ich das juristische Studium an der Universität Breslau im Jahre 1904 nochmals auf und habe nach vorgängiger Genehmigung der vorliegenden Arbeit durch die juristische Fakultät daselbst am 2. März 1906 das examen rigorosum bestanden.

Herrn Prof. Dr. Beyerle in Göttingen und meinen hochverehrten Lehrern von der Breslauer Fakultät, insbesondere den Herren Professoren Fischer, Gretener und Leonhard spreche ich auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigsten Dank aus für das mir jederzeit bewiesene Wohlwollen und Interesse.